

Odilia Machado de Almeida Hosken

EXISTE UMA LÓGICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO ?

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto para o cumprimento dos requisitos necessários a obtenção do grau de Mestre em Direito, Ciências Jurídico-Administrativas, sob a orientação científica do Senhor Professor Doutor Luís Filipe Colaço Antunes.

Julho de 2015

Quem acende uma luz é o primeiro a se beneficiar da claridade.

G. K Chesterton, Inglaterra, 1874-1936.

À minha mamãe.

AGRADECIMENTOS

Seria impossível retribuir todos os ensinamentos, atenção, respeito e carinho que recebi durante o curso e o período de realização deste trabalho. Portanto, primeiro agradeço ao Senhor Professor Doutor Colaço Antunes, meu professor orientador. O Sr. Prof. demonstrou sempre enorme generosidade em partilhar seus conhecimentos, grande atenção e disponibilidade em ajudar-me, e sempre com muita paciência e cordialidade. E o mais importante, incentivou-me e trouxe-me ensinamentos que levo para toda a vida. Meu muito obrigada pela orientação, amizade e compreensão.

Expresso meu agradecimento muito especial à Sra. Maria Luísa Corte-Real Correia, que fez da sua família a minha família. Toda forma de agradecimento é pouca para expressar minha gratidão pelo respeito e o amor que recebi durante esses quase três anos de convivência.

Agradeço aos meus amigos que contribuíram de alguma forma na concretização deste trabalho. Não poderia citar nomes sob pena de, injustamente, não conseguir nomear a todos. Obrigada pela ajuda e apoio.

Também agradeço ao Professor Doutor G3rman Fernand3z Farreres pela orienta33o e acolhida no per3odo em que estive a realizar pesquisas na Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Foi uma experi3ncia gratificante, gra3as a seus conhecimentos e generosidade.

Meus agradecimentos a todos os funcion3rios e colaboradores das bibliotecas, secretarias e gabinetes da Universidade do Porto, da Universidad Complutense de Madrid, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e do INAP-Instituto Nacional de Administraci3n P3blica em Madrid.

E por fim, agradeço a minha fam3lia e aos meus pais, pelo amor incondicional e por compreenderem minha aus3ncia.

RESUMO

O presente trabalho inicia com a caracterização de interesse público, analisando a dificuldade de sua conceituação. O interesse público como pilar do Direito Administrativo deve ser entendido a partir do princípio da legalidade e de acordo com texto constitucional, na medida em que é fixado direta e indiretamente pelo legislador ao definir as atribuições e competências das entidades da estrutura organizativa do Estado.

Por conseguinte, a prossecução do interesse público é um dever inarredável do Estado, que deve persegui-lo através de suas próprias estruturas sob normas e poderes publicístico.

À partir de uma análise histórico política contemporânea, verificamos que o movimento de privatização adotado pelo modelo de Estado Regulador Mínimo, alterou substancialmente o núcleo das entidades administrativas que devem buscar a realização desse interesse público; especialmente as pessoas coletivas de personalidade de direito público e seus respectivos regimes. Com a análise da privatização formal, verificamos que essas estruturas podem ser submetidas a um regime jurídico misto de Direito Público e Privado. E neste intuito, faz-se considerações sobre o caso das fundações públicas em Portugal.

Logo, apresenta-se como limite a esta engenharia legislativa das estruturas orgânicas feitas pelo Estado o princípio da eficiência, compreendendo seus termos e alcance de sua aplicação.

E, por fim, para fins comparativos, apresenta-se o movimento da legislação brasileira e o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n.º 1.923-5 pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil sobre a Lei n.º 9.637/98.

Palavras-chaves: Interesse Público - Legalidade - Estruturas da Administração Pública – Eficiência.

ABSTRACT

This paper presents the characterization of public interest, analyzing the difficulty of its conceptualization. The public interest is the base of Administrative Law Science and must be understood from the principle of legality, also according to the constitutional text. The public interest needs to be fixed directly and indirectly by the law as this defines the role and functions of the State's organizational structures.

Therefore, the pursuit of the public interest is an unwavering duty of the State, which must pursue it through their own rules, and with its structures submitted under a public management.

At from a historical analysis of contemporary politics, we find the privatization movement adopted by the Regulatory State, substantially changed the core of the administrative entities that seek the public interest; especially the entities with personality of public law and their respective rules. With the analysis of “formal privatization”, these structures can be submitted to a mixed-rules of Public and Private Law (New Public Management). In this order, we made considerations about the issue of public foundations in Portugal.

This paper presents as a limit to this legislative engineering of organic structures made by the State, the principle of efficiency, telling about its terms and scope of its application.

Finally, for comparative purposes, it shows the movement of the Brazilian legislation and the judgment of the Constitutional Complaint n.º 1923-5 by the Supreme Court of Brazil.

Keywords: Public Interest – Legality – Public Administration Entities - Efficiency

SUMÁRIO

Resumo

Abstract

Abreviaturas

INTRODUÇÃO

1. Apresentação do tema.....	8
------------------------------	---

CAPÍTULO I Interesse Público.....11

1. A compreensão do interesse público como categoria central do Direito Administrativo.....	11
1.2 A (in)determinação do conceito de interesse público.....	13
2. Interesse público e princípio da legalidade como pilares estruturantes.....	16
3. Interesse público como finalidade para uma reestruturação da Administração Pública.....	7

CAPÍTULO II Estrutura da Administração Pública.....18

1. O Estado Regulador e desconcentração da estrutura organizativa.....	25
1.1 O movimento de privatização.....	28
2. Fundações Públicas de Direito Privado.....	32

CAPÍTULO III Limites à engenharia legislativa da estruturas orgânicas.....33

1. Reserva constitucional e legalidade.....	33
2. Princípio da eficiência.....	35

CAPÍTULO IV Teoria e prática no Brasil - análise de caso em decisão recente de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil.....40

1. Considerações sobre a privatização e alteração na estrutura pública brasileira	40
2. Edição da Lei n.º 9.637/98.....	42
3. A disciplina da Lei n.º 9.637/98.....	43
4. Análise prática da Ação Direita de Inconstitucionalidade n.ª 1.923-5 julgada pelo STF brasileiro.....	45
5. Comentários sobre o julgamento proferido em abril de 2015 e possível repercussão na Administração Pública Brasileira.....	48

CONCLUSÕES.....51

BIBLIOGRAFIA.....52

ABREVIATURAS

ADI = Ação Direita de Inconstitucionalidade

AP = Administração Pública

CPA = Código de Procedimento Administrativo

CPTA = Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais: Lei nº 15 / 2002, de 22 de Fevereiro, com posteriores alterações

CRB = Constituição da República Federativa do Brasil

CRP = Constituição da República Portuguesa

Crf = conforme

OS = Organização Social

IP = interesse público

p.c.p = pessoa coletiva pública

STF = Supremo Tribunal Federal

INTRODUÇÃO¹

1. Apresentação do tema

Especialmente na Alemanha, a análise das transformações recentes do Direito Administrativo tem conduzido uma parte muito representativa da doutrina a aludir a emergência de um novo direito administrativo, para cujo estudo se reclama uma nova ciência do direito administrativo, tudo isso em face do profundo processo de transformação sofrido pelo direito público.²

Entretanto, não há grandes alterações no funcionamento e actuação da Administração e no direito que regula tais matérias que legitimam que se fale numa alteração de paradigmas em termos tais que justificariam a referência a um novo Direito Administrativo.³ De outra forma, o que pode ser visto é uma nova forma de organização e estruturação da administração pública que altera de forma significativa a sua relação Estado-cidadão.

Dentro dessa perspectiva, insta discorrer sobre alguns aspectos da alteração da postura estatal em criar dentro do seu quadro organizacional pessoas coletivas de direito público em regime jurídico de direito privado para exercício da função pública, ou ainda pessoas coletivas de direito privado também para o exercício da função pública, e ambas com o uso dos poderes de autoridade e sob a égide, mesmo que parcial, do regime jurídico publicístico.

Inicialmente, dentro da estrutura orgânica da Administração Pública destacam-se as pessoas coletivas públicas: entes públicos por excelência que compreendem o Estado e demais entidades coletivas territoriais e outras entidades por estas criadas⁴, sendo os entes públicos territoriais o Estado e as autarquias locais, e os entes funcionais da Administração Autónoma do Estado, quais sejam: institutos públicos⁵, entidades públicas empresariais⁶,

¹ A aluna optou por escrever o presente trabalho de acordo com o novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa que foi aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 26/91, de 23 de agosto, e retificado pela Retificação n.º 19/91, de 7 de novembro, tendo existido protocolos de modificação posteriores. Entrou em vigor em Portugal em 13 de maio de 2009, conforme dispõe o Aviso n.º 255/2010, publicado no Diário da República, 1.ª série, n.º 182, de 17 de setembro de 2010 e aplicável em Portugal a partir de 13 de maio de 2015, após o período de transição. As traduções das citações em língua castelhana para língua portuguesa são feitas pela própria aluna que foi considerada apta ao nível B2 em língua espanhola Diploma DELE do Instituto Cervantes – Madrid/Espanha 2014.

² Cfr. JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS / FERNANDA PAULA OLIVEIRA. *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 2ª.ed., Almedina, Coimbra, 2010. p.38.

³ Em breve análise, citamos aqui a designação do Direito Administrativo Privado, que diferente de sua origem alemã, surge em virtude do fenómeno da proliferação das privatizações no seio da Administração Pública como forma de mediar a aplicação entre o Direito Privado e o Direito Administrativo. De toda forma, o Direito Administrativo Privado não deixa de ser Direito Administrativo com tonalidade privada que da mesma forma, visa a prossecução imediata de fins públicos. Maior análise no capítulo XX. Esta temática foi inicialmente abordada por Rogério Soares (cfr. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, “Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva” in BFDC, Vol. LVII, Coimbra, 1981, p. 117) e Sérvulo Correia (cfr. SÉRVULO CORREIA, “Os contratos económicos perante a Constituição”, in *Nos dez anos de Constituição*, Lisboa, 1986, pp.103 e 104, Idem, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, pp. 388-391), nota 99, e 503).

⁴ Pessoas colectivas criadas por iniciativa pública, para assegurar a prossecução necessária de interesses públicos e, por isso, dotadas, em nome próprio de prerrogativas de autoridade, isto é, exorbitantes do direito privado (poderes e deveres públicos). Cfr. ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Direito da Organização Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 20.

⁵ Tratado na Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, alterada pelo Decreto-Lei n.º 105/2007, de 3 de Abril e outras alterações pontuais subsequentes a ultima das quais pelo Decreto-Lei n.º 123/2012. Em regra, os institutos

associações públicas, outras corporações públicas⁷, entidades administrativas independentes.

As pessoas coletivas públicas de direito público são os elementos fundamentais, a par dos serviços públicos, que atuam na dependência dos órgãos administrativos dentro da estrutura administrativa organizacional própria do Estado. O núcleo essencial da organização administrativa constituída por pessoas coletivas de direito público (e pelos seus órgãos).

Tem-se como principais alicerces constitucionais para a estrutura da organização administrativa portuguesa o artigo 182º, artigo 199º d, e em especial, o artigo 198º n. 2 e artigo 267º da Constituição da República Portuguesa, na qual o enfoque está nos princípios da legalidade e da constitucionalidade, e na criação de entes administrativos e estruturas orgânicas do Estado.

Desde o meado da década de oitenta do século passado, que se vive em todo mundo ocidental um processo de acentuada transformação da realidade político-ideológica, especialmente sob o impulso das políticas neoliberais⁸ de Ronald Reagan, nos Estados Unidos, e de Margaret Thatcher em Inglaterra, o qual teve consequências profundas também no nível jurídico-administrativo.

Tendo em vista o fenómeno da liberalização, da privatização, da desregulação e da maior confiança do mercado, da procura por mais racionalização, eficiência e eficácia da ação administrativa, o desenvolvimento da análise de custos-benefícios das medidas administrativas, deu-se início a um movimento de criação pelo Estado de organismos de direito privado ou semi-públicos para a prossecução do interesse público.⁹

Para além da atuação conjunta com o ator privado, na qual o Estado já delegava serviços e funções através da celebração de contratos e por meio de parcerias público-privadas, o Estado passou a criar estruturas privadas de “alma” pública: com função pública, controlo público e financiamento público.

públicos são pessoas colectivas públicas, de tipo institucional (assentam sobre uma organização de carácter material e não de pessoas), criadas para assegurar o desempenho de determinadas funções administrativas (fins únicos e não múltiplos) de carácter não empresarial, pertencentes ao Estado ou a outra pessoa colectiva pública. Cfr. JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS / FERNANDA PAULA OLIVEIRA. *Noções Fundamentais ...ob.cit.*, p.130.

⁶ Tratadas no Capítulo III do Decreto-lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro (alterado pelo Decreto-lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto, não é objeto de estudo do presente trabalho a disciplina das entidades públicas empresariais. São pessoas coletivas de direito público, com natureza empresarial, criadas pelo Estado, em regras sujeitas ao direito privado, na medida em que, dada a sua finalidade necessitam de grande liberdade de acção, mobilidade e flexibilidade no seu modo de funcionamento, que são facilitados pela utilização do direito privado. Cfr. JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS / FERNANDA PAULA OLIVEIRA. *Noções Fundamentais ...ob.cit.*, p. 135.

⁷ As corporações, em regra, são entidades públicas administrativas que desenvolvem com personalidade jurídica própria, autonomia administrativa e financeira, mas submetidas ao controlo do Estado. Cfr. JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS / FERNANDA PAULA OLIVEIRA. *Noções Fundamentais ...ob.cit.*, p. 60.

⁸ O marco teórico do neoliberalismo é a obra de Friedrich Hayek, *O Caminho da Servidão*, na qual acusa o Estado de Bem-Estar de destruir as liberdades individuais”; foi amadurecida e aplicada na Inglaterra com êxito seguido dos Estados Unidos, Alemanha e Suécia, para depois ser implementado nos países da América Latina. Cfr. LEONARDO VALLES BENTO: “ Para além do Consenso de Washington: impactos sociais e imperativos de eficiência e democratização” in: *Os novos conceitos do novo Direito Internacional: cidadania, democracia e direitos humanos*”, Danielle Annoni (org.), Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, pp. 376-378.

⁹ Cfr. MARIA JOSÉ ESTORNINHO. *A fuga para o direito privado – contributo para o estudo da actividade de Direito Privado na Administração Pública*, Almedina, 1999, p. 48. Ainda esclarece a autora que “tal como o naufrago procura, a todo custo, agarrar-se à tábua de salvação, a Administração Pública procura hoje desesperadamente reencontrar a eficiência, nomeadamente através de privatização e de revalorização da sociedade civil”.

É sabido que o Estado pode criar pessoas jurídicas de direito privado e tal possibilidade não se discute para a descentralização de serviços não considerados historicamente como típicos da atividade estatal, a exemplo das empresas públicas em que o Estado atua como ator no setor económico.

O que se põe em causa é a possibilidade do Estado criar pessoas coletivas de direito público sob o regime privado ou ainda pessoas coletivas de direito privado para consecução do interesse público¹⁰ e atendimento das necessidades dos cidadãos, evidentemente e historicamente uma atribuição típica do Estado.¹¹

O Estado pode atender ao interesse público directamente, através de órgãos da própria Administração Pública, ou indirectamente, através de outras pessoas coletivas por ele instituídas, que se denomina descentralização administrativa.¹² Ou ainda, se exime da prestação e decide por repassar esta função a um actor de natureza privatística que seria a delegação de serviços públicos. E por fim, como se observa cada vez mais nos dias de hoje, a criação ou transformação pelo próprio Estado de pessoas coletivas submetidas mesmo que parcialmente a um regime privatístico para consecução do interesse público.

Com efeitos, em razão de critérios políticos, o Estado tem criado estas estruturas “mancas”, que não se sabe como enquadrar a partir de critérios classificatórios clássicos, trazidos pela doutrina para identificar o ente público e distingui-lo na aplicação do regime jurídico publicístico em detrimento da norma de direito privado. E mais, como a aplicação das matrizes do direito privado podem ou não permitir que seja alcançada a boa execução do interesse público pelo Estado, sendo que o regime publicístico é, a partir de uma noção histórica, aquele que sempre pautou a atuação do Estado como executor das necessidades coletivas dentro de um Estado de Bem-Estar Social.¹³

¹⁰ Tendência atual para restringir a existência destas entidades privadas. Cfr. Artigo 57.º da Lei n.º 24/2012: Lei quadro das Fundações.

¹¹ A questão que aqui apresentamos é apresentada por DOMINGOS SOARES FARINHO, nos seguintes termos: “no quadro da conformação constitucional da vontade fundadora, a doutrina dominante tem entendido, desde há algumas décadas, que o Estado pode escolher a forma de pessoa coletiva pública ou privada para a prossecução do interesse público, no que tem sido acompanhada pela atividade do legislador, sobretudo no âmbito empresarial. Este entendimento, por seu turno, decorre de uma intenção de fugir do direito privado, por razões várias, que vão desde a busca pela mítica eficiência e flexibilidade do sector privado, e sua boa imagem no âmbito fundacional, até a vontade de escapar a determinados controlos públicos, de fiscalização política-democrática e financeira, passando pela vontade de envolver os particulares na prossecução combinada do interesse geral. Por isso, o que realmente se busca não é tanto a forma jurídico-privada, mas o direito privado, sendo a primeira vista como indicativa do segundo, de acordo com um princípio da congruência entre forma e regime. Cfr. DOMINGOS SOARES FARINHO, *Fundações e Interesse Público- Direito Administrativo Fundacional – Enquadramento dogmático*, Almedina, 2014, p 471.

¹² A actividade administrativa pode ser prestada de duas formas, uma é a centralizada, pela qual o serviço é prestado pela Administração Directa, e a outra é a descentralizada, em que a prestação é deslocada para outras Pessoas Jurídicas. Entende-se por descentralização a transferência de poderes e/ou competências entre pessoas colectivas de direito público diferentes, ou seja, entre distintas entidades públicas.

Cabe distinguir o conceito nos diferentes planos: No *plano jurídico*: é descentralizado todo o sistema no qual a função administrativa esteja confiada não apenas ao Estado, mas também a outras pessoas colectivas territoriais (como as autarquias locais). No *plano político-administrativo*: existe descentralização sempre que os órgãos das autarquias locais sejam livremente eleitos pelas respectivas populações, a lei os considera independentes a nível de atribuições e competências e ainda estando sujeitos a formas atenuadas de tutela administrativa. Os conceitos são diferentes, pois pode haver, por exemplo, num sistema juridicamente descentralizado, centralização sob o ponto de vista político-administrativo. A descentralização pode ainda variar quanto às formas (territorial, institucional ou associativa, estas últimas prefere o Prof. Freitas do Amaral chamar de “devolução de poderes”, reservando o termo descentralização para a primeira forma) e quanto aos graus. Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, reimpressão da 3ª Ed., Almedina, Lisboa, 2010. pp. 600 e ss.

¹³ O Estado Social é, sobretudo, resultado de uma reacção às alterações sociais experimentadas a partir do século XIX, como a industrialização, o crescimento demográfico, a urbanização e o fracasso do capitalismo

CAPÍTULO I – Interesse Público

1. A compreensão do Interesse Público como categoria central do Direito Administrativo

Todos os grandes princípios de Direito são formulações bastante indeterminadas, e também assim é o Princípio do Interesse Público para a Administração Pública.

A dificuldade de se definir o que seja interesse público acompanha o Direito Administrativo desde seu nascimento. Certo é que a sua conceituação se opera sempre pelos doutrinadores, que nunca o definem em seus devidos contornos.¹⁴

Para GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ: “*Un poco con el interés público, pasa como con el amor: quién no se anima a decir que ha sentido que conoce lo que es el amor, que sus venas han latido a través del amor, que el ritmo de su pulso se ha movido a través de esa cosa ancestral que es el amor? Sin embargo, cuando al amor se lo quiere definir, es como si desapareciera, como si perdiera fuerzas, como se perdiera todo*”.¹⁵

A ideia de interesse público, apesar de acompanhar todo o Direito Administrativo, não há por ele sido criada, e tampouco a sua configuração foi por ele dada. Esta idéia já se teria antes do Direito Administrativo ser um ramo autónomo do Direito no século XVIII e apenas lhe emprestou sua força para servir de base para sua estrutura.

O surgimento do interesse público destacado e superior ao interesse particular ou individual tem sua origem na antiguidade greco-romana.

Segundo as lições de Norberto Bobbio¹⁶, a formulação do primado do Direito Público se desenvolveu como uma reação contra a concepção de Estado Liberal e demonstra a irredutibilidade dos bens comuns contra a soma dos bens individuais, e que o indivíduo deve renunciar ao custo de sua própria autonomia. É como dizer a seguinte sentença: o todo vem antes das partes.

Ainda na Idade Média, surgiu a idéia de que o poder soberano era sustentado pela defesa por um governo ilibado de muitas pessoas (uma comunidade política orgânica) e de interesses comuns. Então, um governo não só proporciona bens materiais, mas também a concretização de valores como, por exemplo, a justiça (que é tarefa do poder soberano).

Por influência do cristianismo, em especial dos escritos da Suma Teológica de São Tomás de Aquino, na Idade Média havia uma percepção de que a solidariedade social

económico puro, traduzido, inicialmente, por medidas legislativas voltadas a sanar situações e grave necessidade (especialmente no âmbito da segurança social); posteriormente, por ações do Estado de intervenção na vida social com finalidade de correção das desigualdades sociais; e, finalmente, já após a Segunda Guerra Mundial, como elemento configurador do Estado, incluído no texto constitucional de vários países, a iniciar pelo da Alemanha (Lei Fundamental de Bonn – 1949). Já no plano do conhecimento, sumariamente, é ele fruto do socialismo não marxista iniciado e aprofundado no século XIX, sendo suas idéias reveladas e formalizadas no âmbito jurídico, especialmente, por reconhecido esforço da doutrina alemã. Em: LUCIANO PAREJO ALFONSO / ÁLVARO JIMÉNEZ-BLANCO / ORTEGA ÁLVAREZ. *Manual de Derecho Administrativo*, 3ª ed., Ariel S.A, Barcelona, 1994, pp.66-67.

¹⁴ Comenta o professor LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo*. 7ª edición Revisada e actualizada. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014 p. 761 citando A. Nieto que: *Desde el doble punto de vista histórico y actual, es casi insuperable la dificultad de la precisión del contenido de esta noción, por su falta de homogeneidad y la radicación de su fuerza más en la capacidad de desempeño de una función en la vida política y social a través de la evocación, que en la cristalización conceptual de un significado preciso. Así es, a pesar del frecuente uso normativo al concepto.*

¹⁵ Cfr. GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ. “El Interés Público es como el amor”. In: *Direito Administrativo e Interesse Público*. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 30. A citação foi mantida em língua original para conservar sua carga dramática.

¹⁶ Cfr. NORBERTO BOBBIO. “Interesse Público”. In: *Dicionário de Política*, 8ª Ed., Vol. II, Editora UNB, 1995, Brasília, p. 1210-1211.

justificava a comunidade política, e os homens se uniam para conseguir o bem comum, sendo este o que ao fim, desejam da vida como bem material, moral, espiritual e intelectual.

Na evolução para a sociedade (ocidental) juridicamente organizada de hoje, especialmente naqueles países que seguem o modelo do *civil law*, o interesse público existe com um princípio conformador do ordenamento jurídico-administrativo. E é sabido que o ordenamento jurídico e a jurisprudência o utiliza de forma totalmente promíscua e muitas vezes indiferenciada, e se valem de termos similares como interesse geral, utilidade pública, bem comum, interesse geral do estado, interesse geral da sociedade, etc. Não se sabe se são sinónimos ou se têm sentidos precisos e específicos, nem tampouco há uma divisão clara na doutrina que pudesse aclarar a questão de forma simples.¹⁷

Certo é que o interesse público é de difícil conceituação, dada a sua fluidez e temporalidade. Sua teoria parte do pressuposto que o Estado é uma entidade acima dos interesses individuais e que pretende obter sempre o bem comum. Todavia, atualmente é aceite a noção de que o interesse público é composto pelo equilíbrio e conciliação entre vários interesses privados.¹⁸

Apesar da indefinição do conceito de interesse público, é fundamental afirmar que o interesse público é indissociável de toda e qualquer atividade administrativa. A Administração goza de margem de livre decisão quanto ao *modus faciendi* da sua prossecução, mas não está eximido de sua busca constante.¹⁹

No contexto português, a Constituição da República Portuguesa em seu art. 266º, nº 1, e Código de Procedimento Administrativo, no seu artigo 4º, consagram a subordinação da AP ao Princípio da prossecução do interesse público, sem estabelecer limitações ao seu âmbito.

A atuação da Administração Pública se dá através de um poder representativo, expresso na relação Estado-sociedade através de duas maneiras: a própria Administração é que define o que é o interesse público; e a conjugação dos interesses privados dá origem ao interesse coletivo ou geral, podendo conduzir ao interesse público, num contexto de cooperação entre Estado e sociedade.

O interesse público qualifica e justifica a atuação da Administração, fundamentando também a atividade de prestação de bens e serviços aos cidadãos.

¹⁷ Durante os debates para a redação do artigo 103. 1 da Constituição espanhola, discutiu-se sobre o melhor termo a ser utilizado. Primeiro, cogitou-se empregar a expressão interesses coletivos. Depois, chegou-se a conclusão de que os verdadeiros interesses colectivos eram os interesses gerais ou o interesse público, utilizando as duas expressões como sinónimos. Mas, como soava cacofónico falar em administração pública e interesse público, optaram pela expressão interesse geral. Por esta coqueteria gramatical, trocaram a palavra interesse público por interesse geral. Isto demonstra que o uso dessas expressões é absolutamente ou em quase todos os casos bastante indiscriminado.

¹⁸ Atualmente, em especial no âmbito do Direito Administrativo Europeu, o Direito Comunitário entende o interesse público como um ponto em comum de encontro maximizado de interesses dos Estados-membros, do particulares interessados e dos cidadãos. Sobre o tema, COLAÇO ANTUNES, O Direito Administrativo e a sua Justiça no início do Século XXI. Coimbra: Editora Almedina *apud* M.S GIANNINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 1981, p.43 e ss que: *No Estado Liberal, o interesse público coincidia apriorística e abstractamente com o interesse da colectividade, com base na separação, tão cortante como artificial, entre o Estado e a sociedade, o que, segundo GIANNINI, permitia na prática elevar (nem tanto excepcionalmente) o interesse individual à categoria de interesse geral.*

¹⁹ Cfr. MARIA JOSÉ ESTORNINHO, *A fuga para o Direito Privado: contributo para e o estudo das actividades de direito privado da Administração Pública..* Colação Teses, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999, p.171 : “Há possibilidade de consequências de uma eventual não prossecução do interesse público, a propósito de uma determinada atuação concreta da Administração. Uma vez que só o interesse público definido por lei pode constituir motivo principalmente determinante das atuações administrativas, que elas sejam levadas a cabo através de meios jurídicos-públicos quer através de meios jurídicos-privado”.

Nos dizeres de MARCELO REBELO DE SOUSA: “A administração e o direito administrativo só podem compreender-se com o recurso à idéia de interesse público. O interesse público é o norte da Administração Pública; é por isto que o art. 266º, n. 1 CRP e o art. 4º, CPA individualizam o princípio da prossecução do interesse público em termos categóricos. Sendo a função administrativa uma função secundária do Estado, o que se traduz na sua subordinação ao princípio da legalidade, não cabe à Administração qualquer papel na escolha dos interesses a prosseguir, aquela está vinculada a prosseguir o interesse público tal como primariamente definido pela Constituição e objeto de concretização pela lei, através da identificação dos contornos das necessidades coletivas a satisfazer, da decisão da sua satisfação por processos colectivos e da definição dos termos mediante os quais tal satisfação deve processar-se. O princípio da prossecução do interesse público constitui, portanto, um dos mais importantes limites da margem de livre decisão administrativa, assumindo duplo alcance”.²⁰

Nesta linha, a Administração só pode prosseguir o interesse público²¹, estando proibida de prosseguir, acessoriamente, interesses privados. Ademais, a Administração só pode prosseguir os interesses especificados na lei em cada atuação administrativa normativamente habilitada. A ação administrativa que não persiga os interesses públicos definidos pela lei configura desvio de poder, acarretando sua invalidade do ponto de vista legal.

1.1 A (in)determinação do conceito de interesse público

Esclarece o COLAÇO ANTUNES sobre a lei como fonte da determinação do interesse público a ser executado na prática pelo Estado: “Verificou-se depois, como é sabido, o gradual e constante incremento, pelo menos até a década de oitenta do século passado, de novas tarefas e serviços públicos por parte do Estado e de outros entes públicos, o que trouxe consigo a corrosão progressiva do carácter monolítico, do conceito de interesse público. Adivinhava-se, assim, uma nova configuração de interesse público, agora mais concreto e menos abstrato e até plural (interesses públicos), o que passou e passa pela procedimentalização da actividade administrativa e até erroneamente pela própria composição de interesse primário. A fonte deste equívoco parte, antes de mais, da porosidade e vaguidade da lei na qualificação de interesse público essencial, acompanhada de certos mal-entendidos quanto à interpretação da função administrativa”.²²

O professor VIEIRA DE ANDRADE afirma que o interesse público é um interesse que, sendo coletivo, pertence a um grupo indistinto e não se identifica com os interesses próprios de eventuais membros. Este professor ressalta também que o carácter do interesse público é normativo. As necessidades englobadas pelo interesse público serão associadas a bens da comunidade relacionados entre si, objeto de opções que se constituem em normas. O interesse público é valor que justifica e dá fundamento à atividade da Administração

²⁰ Cfr. ANDRÉ SALGADO DE MATOS / MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Administrativo Geral. Introdução e Princípios Fundamentais*. Tomo I., Editora Don Quixote, Lisboa, p. 201.

²¹ A prossecução é a realização de atos tendentes à satisfação de um interesse, no caso o interesse público. Já a satisfação do interesse tem concepção distinta uma vez que pode se valer de mecanismos jurídicos criados ou disponíveis para articular a prossecução de interesses privados com a satisfação do interesse público. Cfr. DOMINGOS SOARES FARINHO, *Fundações e Interesse Público...ob.cit.*, p 314.

²² Cfr. COLAÇO ANTUNES. *O Direito Administrativo e a sua Justiça no início do Século XXI*. Almedina, Coimbra, pp. 17-18.

Pública, corporizando os fins e as tarefas que lhe cabe realizar na divisão constitucional dos poderes.²³

Assevera-se que o interesse público depende de matriz política de cada governo. Assim, como leciona VIEIRA DE ANDRADE: *“um interesse de um grupo só vai ser considerado como interesse público se for como tal reconhecido ou qualificado por uma autoridade dotada de poder normativo. Essa qualificação implica uma opção de carácter político, que se entende, em regra, reservada aos órgãos supremos de uma colectividade”*.²⁴

Mais adiante, afirma que é essa escolha política, normalmente político-normativa, que obriga e habilita a Administração Pública a desenvolver suas atividades nas diversas áreas da vida social, tendo como finalidade a pacificação das necessidades coletivas eleitas e como tarefa a gestão dos meios institucionais, humanos e materiais adequados à prossecução desse objetivo.²⁵ Nesta linha, a prossecução do interesse público depende da matriz política de cada governo, dado o fato de que a maneira através da qual se prossegue o interesse público é de discricionariedade de cada Administração Pública.

Ao abordar as dimensões funcionais do interesse público, pode-se dizer que sua função acaba por ser a de servir como critério de delimitação entre as atuações reservadas aos poderes públicos e aquelas que podem ser desenvolvidas pelos privados, isto é, determinação dos termos concretos da relação entre Estado e Sociedade.

É o interesse público que legitima os poderes de supremacia de que gozam as autoridades administrativas, além de justificar a vinculação da atividade da Administração Pública a normas legislativas e a princípios jurídicos que a limitam e orientam.

Hodiernamente, devido às já citadas transformações do papel do Estado, o interesse público é analisado de acordo com o Princípio da Proporcionalidade. A relação custo-benefício decorrente deste princípio avalia as vantagens e desvantagens oriundas da prossecução do interesse público e os eventuais sacrifícios dos interesses privados. Neste diapasão, a busca pela eficiência consubstancia o balanceamento entre a despesa e o rendimento da atuação administrativa.²⁶

De outra forma, COLAÇO ANTUNES esclarece que a eficiência é mais um parâmetro alinhado pelo modelo de Estado Mínimo Regulador que é expressão da abdicação da Administração em seu Poder e autoridade na prossecução do interesse público, perpassando pela caracterização das autoridades administrativas independentes uma idéia de “discricionariedade técnica”. E ao final, conclui que há uma certa anorexia do interesse público no Estado Mínimo Regulador atual, que se caracteriza, dentro outros aspectos, pelo emagrecimento da estrutura do Estado sujeito.²⁷

Seguindo, na doutrina alemã H. J. WOLFF, O. BACHOLF e R. STOBBER, tem-se como ponto de partida, a etimologia (do latín: inter esse – envolver-se) para afirmar que interesse não é outro coisa que não a adequação (positiva) de um sujeito por um objeto (outra pessoa, coisa ou uma relação); adequação que surge quando um objeto concreto (seja intelectual ou material) cobra algum sentido de importância para um determinado sujeito e é estimado ou reconhecido (directamente ou de forma racional) por este ou qualquer outro positivamente (por ser útil, desejável e productivo, etc.). Desta forma, o

²³ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE. *Dicionário jurídico da Administração Pública*, Vol. V, 1993, p. 275.

²⁴ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE. *Dicionário jurídico...*, ob.cit., p.276.

²⁵ Aproveitamos, desde já, para esclarecer a noção de “fins públicos” aderindo ao conceito de Vieira de Andrade, nos termos do qual os fins públicos correspondem à necessidade directa de “satisfação daquelas necessidades colectivas que sejam qualificadas como interesses públicos por referência ao entendimento, em cada época, do que é indispensável ou adequado à realização das finalidades últimas da comunidade política. Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 2ª. Ed., IUC, Coimbra, 2011, pp. 10-11.

²⁶ Cfr. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 60 e ss.

²⁷ Cfr. MARIA JOSÉ ESTORNINHO, *A fuga para o Direito Privado...* ob.cit., p.85 e ss.

interesse se oferece primariamente a uma consciência coletiva como algo fático e subjetivo: a referência ou relação real de um sujeito a respeito de um objeto. Entretanto, ao lado de tal manifestação, existe também o interesse real, perfeitamente determinável de forma objetiva, cuja consistência e entidade é independente da existência e da intensidade do interesse subjetivo e fático. Este interesse objectivo é determinado pelo mecanismo de referência – por decisão do órgão competente que o adota por um procedimento legalmente estabelecido, e não preferências subjetivas, senão determinadas necessidades ou certos fins, objetivos e valores dos mesmo, relacionados com aquele interesse para, sobre esta base, estabelecer um juízo ou conclusão correctos. É dizer que em determinação objetiva do interesse – inclusive para sujeitos concretos – há de se ter presente a competência daquele que atua e o define, e também o procedimento seguido por definição prévia. Isto é, submetidos a um critério ou medida estimados objectivos pelo qual proporciona, cabalmente e nos últimos termos, a ordem de valores, bem e objetivos da Constituição.²⁸

No contexto subjetivo da prossecução do interesse público, há quem defenda que o interesse público não constitua um monopólio do Estado ou da Administração Pública, devido à possibilidade dos interesses privados virem entrelaçados aos interesses públicos.²⁹

O professor PEDRO GONÇALVES entende que há uma desestadualização da prossecução dos interesses públicos.³⁰ O autor cita como exemplo os partidos políticos, sindicatos, a imprensa, os grupos e as associações religiosas, que mesmo sendo entidades privadas, desempenham atividades de alta relevância pública. Ademais, desempenham tarefas públicas os organismos do Terceiro Setor, que se dedicam ao bem comum, podendo ser reconhecidos como pessoas coletivas de utilidade pública. Nesta linha de raciocínio, o cidadão passaria a dividir com o Estado a assunção da responsabilidade pela prossecução do interesse público.

Entretanto, a Administração Pública é uma organização específica a quem cabe a prossecução dos interesses. E o sentido de Pública se instala justamente porque este complexo de interesses pertence a uma generalidade distinta, isto é, a interesses gerais a um grupo amplo de pessoas e a sua satisfação resulta no equilíbrio da sociedade.

Tais interesses públicos, nos ensinamentos de COLAÇO ANTUNES, pressupõem uma operação normativa, porque deve haver uma avaliação prévia das necessidades coletivas para seleccionar quais merecem o prima do interesse público, insta dizer, com enfoque no princípio da legalidade e no princípio democrático, o interesse público deve ser assim qualificado legalmente.³¹

Questão importante a ser trazida a esta discussão é a chamada “politização do interesse público” que se tem atualmente. Em Portugal, vislumbra-se a situação de que o interesse público acaba sendo o da maioria da Casa Legislativa ou o do partido político que está no poder.

Eventos como esse podem ser ocasionados tanto pela conjuntura econômica, política e social atual, como também pelas atitudes dos titulares dos cargos políticos enquanto pessoas. Por vezes, as ações dos governantes são focadas exclusivamente em seus interesses pessoais, num claro desvio de finalidade da função pública.³²

²⁸ Cfr. LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Lecciones de Derecho Administrativo...ob. cit.* p. 761.

²⁹ O Regime jurídico da pessoa colectiva de utilidade pública – DL 460/77 integra a satisfação de interesses públicos por particulares, sendo interesses privado de âmbito colectivo que satisfazem o interesse público. Cfr. DOMINGOS FARINHO, *Fundações e Interesse Público...ob.cit.*, p. 430.

³⁰ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos - O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Reimpressão da edição de Outubro/2005, Almedina, 2008. p. 380.

³¹ Cfr. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2012,

³² Cfr. MARIA JOSÉ ESTORNINHO, *A fuga para o Direito Privado...ob.cit.*, p.171 e ss

Sobre o tema, afirma o professor COLAÇO ANTUNES que: “A ausência de um conceito substancial de interesse público, aliada à inexistente densificação da sua natureza jurídica, caminham a par da sua mistificação e também da sua dissolvência nas mãos de um Administração entendida subjetivamente. A tal ponto tem sido assim, que, não raras vezes, em nome do interesse público, os entes públicos procuram justificar acções e actuações (de parte) nem sempre lícitas ou legítimas”.³³

Dadas tais circunstâncias, torna-se necessária a fixação normativa do interesse público. Para alcançar esse objetivo, devem ser feitas opções políticas acerca do interesse público. E, nesse momento, incide a questão temporal, econômica e social. Desta forma, parece um círculo vicioso que só poderá ter fim com vontade política dos governantes e dos legisladores, no resgate da finalidade das instituições democráticas que é satisfazer os interesses públicos.

Tendo em vista tais considerações, delimita-se a idéia de interesse público como fim do Estado e base do Direito Administrativo.

2. Interesse público e princípio da legalidade como pilares estruturantes

A Constituição da República Portuguesa, no artigo 267º. n.º 2, a propósito da estrutura da Administração, prescreve que a descentralização e desconcentração administrativas devem ser concretizadas e limitadas pela necessidade de assegurar a eficácia e unidade de acção da Administração e dos seus poderes de direcção, superintendência e tutela por parte dos órgãos competentes.³⁴

O artigo 198º, n.º 2 da Constituição, ao atribuir ao Governo a competência para legislar sobre a sua própria organização e funcionamento, está a conferir-lhe um poder de auto-organização de modo a melhor promover os interesses públicos que a lei lhe confiou.

De acordo com CLAUDIA VIANA³⁵, considerando os artigos 267.º n.º 2 e 198.º n.º 2 da Constituição³⁶, ao atribuir ao Governo a competência para legislar sobre a sua própria organização e funcionamento, está a conferir-lhe um poder de auto-organização de modo a melhor promover os interesses públicos que a lei lhe confiou.³⁷

Mesmo assim, parece que não fica evidenciado que no tocante a estrutura e funcionamento da AP, a Constituição tenha concedido uma autorização ao Governo ou

³³ Cfr. COLAÇO ANTUNES, “Constituição, Administração e Interesse Público”. O Entorno ao Momento Originante ou o Estado contra a Administração. In: *Evolução constitucional e perspectivas futuras nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 513.

³⁴ Cfr. JORGE MIRANDA, *A Administração Pública na Constituição Portuguesa*, In: Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Vol. XLIII, n.º 2, Coimbra Editora, Lisboa, 2002. Separata.

³⁵ Cfr. CLAUDIA VIANA. *O princípio da Eficácia: a eficiente eficácia da Administração Pública*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Ano VII 2010 (Especial). pp .301-311.

³⁶ E ainda citamos os artigos 164ª, 165ª e 266ª da Constituição Portuguesa que também fazem parte do direito constitucional organizativo.

³⁷ Ensina COLAÇO ANTUNES que “o Estado-Administração já não seja a pessoa colectiva pública por excelência (como se deduz do artigo 182º da CRP), creio que a noção de personalidade jurídica (pública) permitiu, desde muito cedo, defender dupla capacidade jurídica (pública e privada) da Administração. É também esta tese que está na base da visão do poder organizativo como poder mais ou menos implícito do executivo de que a Constituição portuguesa, de certo modo, faz eco no artigo 198º/2. Todavia, numa leitura sistemática, a Constituição parece distribuir o poder organizativo pelo poder executivo e pelo poder legislativo, maxime da Assembleia da República (artigos 164º, alíneas d), m), n) e 165.º, alíneas q), s), u)). Cfr. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 137.

mesmo a AP para se valerem de estruturas de direito privado. E sim, concedeu o poder de se auto-organizar, de modo a garantir a eficácia e a unidade de sua atuação.³⁸

Sobre o tema, COLAÇO ANTUNES coloca em causa as dificuldades acarretadas pela ausência de uma teoria jurídico-pública do poder organizatório e do seu regime jurídico-constitucional.³⁹

A idéia de Estado-Administração é essencial para a construção do direito administrativo, entretanto, o foco na relação jurídica-administrativa desvaloriza a forma organizacional. De todo modo, ela exige para ser legítima que se respeite o princípio da legalidade, “*constituindo com o procedimento administrativo uma das garantias dos cidadãos, uma vez que a organização administrativa é o pressuposto da atividade administrativa e, nessa medida, conforma o exercício dos direitos e liberdades fundamentais dos particulares.*”⁴⁰

Logo, o princípio da legalidade-fundamento está na base de todo o poder organizativo público, sob a forma de tensão entre o legislativo e o executivo.⁴¹ A prossecução do interesse público deve ser realizada não apenas em obediência ao princípio da legalidade, mas, mais amplamente, da juridicidade. E, por isso, a vinculação da Administração aos princípios que enquadram e conformam toda a atuação administrativa e porque não também da organização administrativa, a fim de constituir um garante de racionalidade, eficiência e eficácia da consecução dos interesses públicos.

3. Interesse público como justificativa para reestruturação da Administração Pública

Uma comunidade política⁴² que não organize serviços básicos de caráter público é inconcebível, e deve-se entender por organização tudo o quanto seja executar, atuar, conceder e prover a prestação de um bem ou facilidade social tidas como de interesse público.⁴³

Em análise ao ordenamento jurídico português observa-se que, muito embora o vocábulo “Estado Social” não esteja afirmado expressamente, no texto constitucional de 1976 que faz, na sua redação atual referência apenas ao “Estado de Direito Democrático”, a natureza social do Estado pode ser extraída do seu texto, seja da definição do Estado constante no artigo 2º que faz alusão à “realização da democracia económica, social e

³⁸ Cfr. CLAUDIA VIANA, *O princípio da Eficácia...ob.cit.*, p. 305.

³⁹ Cfr. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Jurídica ...*, ob. cit. p. 135. Nota 197 remete ao conceito de poder de organização e respetiva evolução, cfr. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung. Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2ª ed., 1998, p.22 e ss.

⁴⁰ Cfr. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Jurídica...*, ob.cit. pp. 137-138.

⁴¹ Cfr. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Jurídica...*, ob. cit. p. 141.

⁴² Aqui utilizamos a expressão de comunidade política no sentido de um Estado de Direito Democrático que consagra a sua natureza social no texto da Constituição, que revela que o o bem-estar social passa a constituir tarefa primordial do Estado, tendo como uma das teses nucleares o compromisso assumido de consecução da justiça social (no sentido de distribuição e redistribuição dos bens existentes), da segurança social (proteção do indivíduo em determinadas hipóteses: incapacidade, idade, desemprego, doença, etc.), e do progresso económico. Em PAULO OTERO, *O poder de substituição em direito administrativo: enquadramento dogmático-constitucional*, Vol. II, Lex, Lisboa, 1995, p. 518.

⁴³ A Administração Pública surge como função, estrutura e até com regime jurídico aplicável na relação com os administrados a partir do Estado Liberal quando se fez sentir a necessidade de organizar uma estrutura administrativa hierarquizada que permitisse instaurar uma ordem pública vigorosa e, ao mesmo tempo, assegurar a criação de infra-estruturas nos domínios menos apetecíveis para a atividade privada – educação, saúde, segurança, etc., isto é, assegurar o interesse público. Descrição em PAULO VIEIRA E MOURA, *Função Pública: regime jurídico, direitos e deveres dos funcionários e agentes*, 2ª Ed., Coimbra Editora, p. 12.

cultural” (que traduz o ponto de encontro entre os direitos sociais e democracia), seja no artigo 9º que define entre as tarefas do Estado a efetivação dos direitos sociais, económicos e culturais, entre outros.

No artigo 267º, n.º 1 da Constituição Portuguesa, ao estabelecer que a Administração visa a prossecução do interesse público, que, como acentua VIEIRA DE ANDRADE, *é identificado processual e substancialmente como o bem comum, definido segundo um “modo jurídico” de racionalidade e orientado por (e para) uma ideia comunitária de justiça.*⁴⁴

Os deveres de atuação se dirigem as estruturas administrativas públicas essencialmente, (pessoas colectivas de direito público) o que significa que os mesmos se encontram vinculados à realização positiva dos direitos constitucionais, e logo, à concretização do interesse público.

Segundo VITAL MOREIRA, *“se não existe uma reserva constitucional da administração para as entidades públicas, o princípio geral é o de que só as pessoas colectivas públicas podem ser titulares de poderes administrativos.”*⁴⁵

De outra forma, o objetivo social de uma entidade organizada sob forma jurídico-privada que constitua uma atividade que envolva o exercício normal de poderes de autoridade ou de uma atividade típica e nuclear da função administrativa deve considerar-se contrário à ordem pública resultante da lei constitucional,⁴⁶ gerando, segundo o regime geral, a nulidade do respectivo ato constitutivo.⁴⁷

Logo, dizer sobre a obrigação constitucional assumida pelo Estado de executar o interesse público é, sob o mesmo prisma, dizer que o Estado Social deve tomar as providências no sentido de aprimorar toda a atividade que envolve a prestação de bens e serviços, a satisfação das necessidades básicas, fundamentais da população em atendimento a lei e a ordem jurídica soberana.⁴⁸

CAPÍTULO II – Estrutura da Administração Pública

No que concerne ao conceito de Administração Pública é habitual, na doutrina portuguesa, distinguir-se, por um lado, a Administração Pública em sentido orgânico, organizatório ou subjetivo, e por outro, a Administração Pública em sentido funcional, material ou objetivo.⁴⁹

Quanto ao sentido orgânico de AP, FREITAS DO AMARAL define-o como *o conjunto de entidades, serviços, órgãos e agentes do Estado ou das demais pessoas*

⁴⁴ VIEIRA DE ANDRADE, “*Interesse Público*” in AAVV, Dicionários jurídicos de Administração Pública. Volume V, Lisboa, 1993, p. 276.

⁴⁵ Cfr. VITAL MOREIRA, *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Coimbra Editora, Coimbra, 1997. pp. 545-546.

⁴⁶ Artigo 266º da CRP ressalta que a Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

⁴⁷ Cf. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública, O sentido da vinculação administrativa à jurisdição*, 2ª Reimpressão da edição de Maio/2003, Almedina, 2011. p. 827.

⁴⁸ Idéia desenvolvida em JOSÉ MANUEL CATELLS ARTECHE. *La actual coyuntura de la Administración prestadora de Servicios Públicos*. In: FRANCISCO SOUSA WAGNER. (Coord). *El Derecho Administrativo del siglo XXI*. Homenaje al Professor D. Ramón Martín Mateo. Tirant do Blanch, Valencia, 2000, p. 191.

⁴⁹ ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Direito da Organização Administrativa*, Almedina, 2011, p. 25.

*coletivas públicas, que asseguram em nome da coletividade a satisfação regular e contínua das necessidades coletivas de segurança, cultura e bem-estar.*⁵⁰

No âmbito público é certo dizer que “as Administrações Públicas” têm personalidades jurídicas para que se relacionem entre si, e com as demais pessoas, físicas ou coletivas de direito privado ou público, uma vez que as relações se entabulam entre pessoas.

A Administração Pública do Estado português é tripartida em Administração direta, indireta e autónoma (art. 202º, hoje 199º d) e a subdivisão possível desta última em Administração autónoma formal – sujeita a tutela de legalidade e mérito – e em Administração autónoma material – sujeita só a tutela de legalidade (art. 243º, hoje 242º) e ligada ao pluralismo local e social.⁵¹

A questão que se põe é que a Administração Pública tem personalidade jurídica pública⁵², o que, por referência, melhor precisar como aquela diferente da personalidade jurídica privada que se regula por normas civis e empresariais.

Logo, as pessoas coletivas de direito público não têm intenção ou finalidade lucrativa. Segundo a legislação portuguesa, podemos identificar uma pessoa coletiva de direito público como aquela criada por iniciativa pública, para assegurar a prossecução necessária do interesses públicos, sendo por isso, dotadas em nome próprio de poderes e deveres públicos.⁵³

Sendo espécies de pessoas coletivas públicas, designadamente, o Estado, as Autarquias locais e as Regiões Autónomas (de tipo territorial), em regra os institutos públicos (os diversos constituem do tipo institucional), as entidades públicas empresariais, as associações públicas (do tipo associativo).⁵⁴

O regime jurídico de direito público não é uniforme e tampouco homogéneo, e varia conforme a legislação especial aplicável. Entretanto, por regra, nesses regimes publicísticos são fixados os seguintes traços: criação e extinção são sempre de iniciativa pública; a autonomia administrativa e financeira; a titularidade de bens de domínio público; a existência de funcionários públicos, sujeitos ao regime da função pública e não ao contrato individual de trabalho; a sujeição a um regime público de responsabilidade civil; a sujeição ao controlo do Tribunal de Contas e a sujeição à jurisdição dos Tribunais Administrativos.

Logo, as pessoas coletivas públicas, sejam da administração directa ou indirecta do Estado, existem para prosseguir determinados fins chamados atribuições, que são o conjunto de interesses públicos postos por lei a cargo de um determinado ente público.⁵⁵

⁵⁰ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, reimpressão da 3ª Ed., Almedina, Lisboa, 2010. pp. 33-34.

⁵¹ Cfr. JORGE MIRANDA, *A Administração Pública na Constituição Portuguesa*, In: Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Vol. XLIII, n.º 2, Coimbra Editora, Lisboa, 2002. Separata.

⁵² A qualificação do Estado como pessoa coletiva pública decorre, no direito português, da própria Constituição – artigo 3º, n.º 3, 5º, n.º 3; 18º, n.º 1; 22º; 27º, n.º 5; 41º entre outros. Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito...*, ob.cit. pp. 224-225.

⁵³ Diferente das entidades privadas de interesse público como as concessionárias que também exercem poderes públicos, portanto, dotadas de poderes de autoridade, mas não exercem a título próprio esses poderes e deveres. ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Direito da Organização Administrativa*. Roteiro Prático, Almedina, 2011, p. 60.

⁵⁴ Cfr. ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Direito...*, ob. cit. pp. 59-63.

⁵⁵ De acordo com MARIA JOSÉ ESTORNINHO, *A fuga para o Direito Privado...ob.cit.*, p.171 e ss: “... é totalmente inadmissível afirmar-se que a Administração Pública só está vinculada à prossecução do interesse público na sua actuação de gestão pública. Na verdade, a única solução consentânea com os princípios inspiradores de um Estado de Direito é a de afirmar que não faz qualquer sentido admitir que a Administração possa servir-se das formas jurídico-privadas para prosseguir outros fins que não os de interesse público. Aliás, é o caso para perguntar que outros interesses poderia a Administração Pública

É a lei quem especifica as atribuições das pessoas coletivas e determina as competências⁵⁶ de cada uma delas e de seus órgãos. E, por isso, o ente público ao agir está duplamente limitado (ou vinculado): está limitado pela sua competência, não podendo invadir a esfera de competência de outra pessoa coletiva pública. Pelo princípio da legalidade, a competência só pode ser conferida, delimitada ou retirada por lei: é sempre a lei que fixa a competência dos órgãos da AP. E a competência é de ordem pública, não se presume, é imodificável, irrenunciável e inalienável.

Recentemente, o Estado vem sofrendo profundas mudanças económicas políticas e consequentemente jurídicas. O que nos interessa abordar aqui neste trabalho é que tais metamorfoses refletem-se no surgimento contínuo das estruturas administrativas públicas estatais com o formato de pessoas coletivas de direito privado no exercício de funções notoriamente públicas, uma vez que buscam em sua actividade primordial a prossecução de um interesse público definido legalmente.⁵⁷

a) Contextualização das mudanças

Até há dez-vinte anos atrás oferecia-se tranquilamente, no início do curso de Direito Administrativo, este exemplo para uma primeira compreensibilidade da Administração. Actualmente, somos invadidos por alguma angústia conceptual e dogmática, tantas e tão profundas foram as alterações que se verificaram na morfologia da Administração Pública.⁵⁸

O Estado Liberal e intervencionista passou a ser o Estado Regulador Mínimo⁵⁹. Assim, a metamorfose deu-se na própria execução das atividades administrativas, especialmente no âmbito da prestação do serviço público, muitas vezes renomeado de “serviços de interesse económico geral”⁶⁰.

De acordo com o PAULO OTERO: *“assiste-se a um retrocesso da tradicional intervenção económica pública directa, seja pela transferência da titularidade dos bens de produção ou pela perda do monopólio público da gestão dos serviços, podendo mesmo dizer-se que o Estado contratante avança com passo decidido a reduzir as parcelas do Estado gestor”*.

prosseguir legitimamente no nosso ordenamento jurídico, para além daqueles fins de interesse público que a lei especificamente coloca a cargo? Parece-me que a única resposta correcta é a de afirmar que uma tal situação só não é admissível, como pura e simplesmente configura um caso nítido de discrepância entre o fim de interesse público. Ou seja, na minha opinião, trata-se também aqui de uma situação que deve ser reconduzida, em termos jurídicos-administrativos, à figura do desvio de poder”.

⁵⁶ Competência é o conjunto de poderes funcionais que a lei confere a um órgão para a prossecução das atribuições das pessoas colectivas públicas. Cfr. JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS / FERNANDA PAULA OLIVEIRA. *Noções Fundamentais ...*, ob.cit., p. 61.

⁵⁷ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, *Introdução, Organização Administrativa, Actos e Contratos Administrativos*, 10ª Ed., 2ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1982, pp.2-6.

⁵⁸ Cfr. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Jurídica ...*, ob.cit., p. 118.

⁵⁹ Segundo COLAÇO ANTUNES, o Estado de Direito Social evoluiu para o Estado Mínimo Regulador, sendo este: “fórmula que explica uma forma particular de retracção, que não estrita e directamente normativa, do Estado Social de Direito”, “Constituição, administração e interesse público. O eterno retorno ao momento originante ou o Estado contra Administração” In: *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa: evolução constitucional e perspectivas futuras*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 514.

⁶⁰ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos, O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Reimpressão da edição de Outubro/2005, Almedina, 2008, pp.

Dessa forma, vive-se um momento de mudança profunda de modelo organizacional de Estado que afeta de forma substancial as suas estruturas organizativas, provocando uma verdadeira rutura com o *statu quo ante*, em que era dado que a relação jurídica administrativa que se concretizava essencialmente por intermédio de uma pessoa coletiva de direito público.

A administração pública é tradicionalmente representada nas suas relações com os particulares por pessoas coletivas de direito público, que constituem o seu elemento principal e constituinte. São elas que gozam de personalidade e capacidades jurídicas, incluindo a capacidade de contratar, para responder pelos danos causados pela sua ação ou omissão, para demandar ou ser demandado judicialmente. Na relação jurídico-administrativa, pelo menos um dos sujeitos é, em regra, uma pessoa coletiva pública.⁶¹

Desta forma, necessária a existência de uma comunidade organizada para a qual se atribui o encargo de velar pela satisfação desses interesses a órgãos dessa comunidade. E a esses órgãos arde a importância das necessidades comuns, a eleger algumas que devem ter a sua satisfação confiada a serviços próprios do aparelho estatal.

Logo, importante destacar o conceito de Administração Pública no seu sentido organizatório como sendo um “*sistema de órgãos, serviços e agentes do Estado, bem como das demais pessoas coletivas públicas (que possuem personalidade própria constituindo entidades políticas, jurídicas e sociologicamente distintas) que asseguram, em nome da coletividade, a satisfação regular e contínua dos interesses públicos.*”⁶²

Contudo, na atualidade o conceito de Administração Pública no sentido organizatório se tornou um conceito fluido que deve se atentar para as novas realidades organizatórias neste domínio, posto que surgem ao lado entidades privadas em regime especial de direito administrativo.⁶³

“*Em extrema síntese, para o direito constitucional administrativo nacional, o Estado-Administração é a pessoa coletiva pública por excelência, em relação ao qual direta ou indiretamente todas as pessoas coletivas públicas menores se referem e legitimam. Se é certo que do ponto de vista da afirmação e desenvolvimento do direito administrativo esta construção foi essencial, na medida em que elevou o Estado-Administração a sujeito principal da relação jurídica-administrativa, também não é menos verdade que a questão organizativa tem sido desvalorizadas ou, quando isso não acontece, é porque ela (organização administrativa) é vista na perspectiva da relação jurídica-administrativa.*”⁶⁴

São entidades privadas de criação pública ou mista, que realizam finalidades públicas e muitas vezes dotadas de poderes de autoridade, para além das sociedades concessionárias e outras entidades privadas dotadas de poderes públicos específicos delegados pela Administração.⁶⁵

⁶¹ Cfr. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Jurídica ...ob.cit.*, p. 119.

⁶² JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS / FERNANDA PAULA OLIVEIRA. *Noções Fundamentais de Direito Administrativo...ob.cit.*, p.38.

⁶³ As entidades privadas que exercem funções administrativas podem ser entidades concessionárias, fundações privadas de direito público, associações de entidades públicas criadas no abrigo do Direito Civil, empresas públicas (sob a forma privada), empresas municipais e associações privadas investidas no exercício de tarefas administrativas. Podem até mesmo pessoas singulares, às quais poderão ser atribuídos poderes e prerrogativas de autoridade. As entidades administrativas privadas integram a Administração Indireta do Estado conforme o artigo 120 do CPA, e passam a integrar a AP do ponto de vista funcional. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas...ob.cit.*, p.437.

⁶⁴ Cfr. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Jurídica ...ob. cit.*, p. 137.

⁶⁵ Para maiores estudo e abordagem do tema, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas...ob.cit.*, pp. 895-928.

O Direito Administrativo regula o exercício dos poderes de autoridade pelas entidades administrativas públicas e pessoas coletivas privadas em sentido estrito que atuem no exercício das prerrogativas de autoridade pública.⁶⁶

Entretanto, a grande questão que se põe em causa é identificar um ente privado ou “público” no exercício das prerrogativas de autoridade tendo em vista a criação de entidades de direito privado dentro da própria estrutura organizatória do Estado, e mais, como compatibilizar o seu desenvolvimento e atividades com o atendimento do interesse público. Certo é que não é mais suficiente o critério da personalidade jurídica de direito público:⁶⁷

Em síntese “a partir de certa altura”, à qualificação como pública ou privada de uma determinada entidade passou a não corresponder, necessariamente, um regime jurídico correspondente em toda a sua extensão (público ou privado, conforme os casos). “*Os desvios à clássica equação público-privado passaram a ser constantes, verificando-se que podem existir pessoas coletivas públicas (de direito público) com substrato de natureza privada (por exemplo, as ordens profissionais), bem como pessoas coletivas privadas (de direito privado) com substrato de natureza pública (caso das sociedades de capitais públicos, das fundações e consórcios de direito privado criados por entidades públicas)*”.⁶⁸

A problematização do tema se funde na questão de que o serviços públicos⁶⁹ compreendem atividades em que a realização dos valores fundamentais que pressupõe afastar o postulado do lucro e da apropriação privada da riqueza. A questão em foco gira em torno da noção de que a busca do lucro nunca pode fazer-se à custa do sacrifício dos demais valores constitucionais.”⁷⁰

De toda forma, é incompatível com o exercício da atividade pública através de poderes de autoridade por entidades administrativas privadas, atuam sob égide de um regime jurídico privatístico com a utilização de instrumentos de gestão privada.⁷¹

Sem dúvidas, a busca pela realização de interesse público é um compromisso indisponível da Administração Pública. No Direito Administrativo, ao interesse público é dado o tratamento de primazia frente ao interesse dos particulares. A função da supremacia teria um duplo efeito: o primeiro remete às prerrogativas do Estado, em especial ao atributo da imperatividade, que justifica a AP como pessoa coletiva constituir obrigações unilaterais aos particulares e também modificar unilateralmente as obrigações já constituídas; o segundo vincula a atuação administrativa à exigência de legitimidade, pois

⁶⁶ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas...ob.cit.* pp. 1025 e ss.

⁶⁷ Critério antes adotado principalmente por FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito..., ob.cit.* p.583 e ss.

⁶⁸ Assim ensina COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Jurídica ...ob. cit.*, p. 121.

⁶⁹ Não pertencem a Administração Pública : “A Delegação ou concessão de funções administrativas não converte a entidade privada numa pessoa colectiva pública, apenas lhe atribui a capacidade, excepcional e precária, de desempenhar funções administrativas. E isto coloca-as, no que respeita a essa actuação, sob o controlo dos tribunais administrativos, impondo-lhe a aplicação do Direito Administrativo Privado e excepcionalmente, do Direito Administrativo.” Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas...ob.cit.*, p.423 e ss.

⁷⁰ Cfr. COLAÇO ANTUNES, “Constituição, Administração e interesse público. O entorno ao momento originante ou o Estado contra a Administração.” In: *Evolução constitucional e perspectivas futuras nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001.

⁷¹ A ideia de cidadão como cliente da Administração contribui para enfraquecer o sentimento da Administração como coisa pública, gerida pelos integrantes da coletividade e para realização dos seus interesses. O Estado que geri o bem comum como empresa, almeja o lucro e vê os cidadãos com clientes, que na verdade não são livres para querer suas demandas, deixa os cidadãos na situação de conveniência do mercado. Cfr. CÁRMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos servidores públicos*, Saraiva, São Paulo, 1999.

as prerrogativas atribuídas à Administração pelo sistema jurídico condicionam-se à realização do interesse público.

Neste aspecto, pode-se dizer que a consecução dos interesses públicos pelas novas estruturas submetidas ao direito privado que surgem no âmbito da Administração Pública põe-se em causa o papel do Estado no século XXI.⁷²

Ao invés de um Estado garantizador de prestações sociais e prestador dos serviços públicos, ele passa a atuar como agente regulador e fiscalizador, deixando a cargo de entidades privadas o resguardo das conquistas advindas com a luta social, especialmente daqueles direitos concretizados a partir da década de 60 do século passado.

Os usuários de serviços públicos passaram a ser atingidos pelas regras do mercado e pelo interesse particular.

Isto não quer significar que o Estado deixa de praticar tarefas públicas e tampouco se desobriga do dever de assegurar ou garantir que os atores privados, principalmente aqueles mesmos criados em suas estruturas organizacionais, não cumpram as incumbências que lhe são pretendidas: satisfação do interesse público e das necessidades coletivas.

No entanto, “*parece, aliás, atenuar-se cada vez mais, a tradicional contraposição entre universitas personarum, que representaria o carácter peculiar das associações, e universitas bonorum, que, ao invés, caracterizaria o instituto fundacional; por outro lado, a lei começou a cometer tarefas públicas a entes formados por pessoas coletivas privadas ou de composição mista (público-privadas), sujeitando-as a um regime mais ou menos publicístico, sem que resultasse da lei se se tratava de pessoas jurídicas públicas ou privadas. A criação pelo Estado de pessoas coletivas de direito privado, a admissibilidade de entidades privadas dotadas de funções públicas a emergência de vários formatos organizatórios mistos, quer quanto à composição, quer quanto ao regime jurídico (empresas de capitais mistos, consórcios mistos ou associações mistas) vieram perturbar os antigos critérios de distinção entre as pessoas coletivas públicas e as pessoas coletivas privadas, gerando dúvidas sobre a validade desta distinção, tão clássica como essencial. O mundo separado das pessoas coletivas públicas e o mundo jurídico dos sujeitos privados desvaneceu-se*”.⁷³

A questão que se levanta tem relevância na legitimidade da criação dessas pessoas jurídicas de direito privado no âmbito da estrutura organizacional do Estado, em contrapartida à necessária publicidade que deve ser intrínseca a estas estruturas que atual na função pública, sob o controlo público e com financiamento público.

A doutrina⁷⁴ apresenta certo número de critérios para qualificar e identificar a natureza jurídica dessas novas entidades administrativas privadas que se submetem a “meio-teto” no regime jurídico publicístico.

O critério da iniciativa para a sua criação sendo públicas as entidades criadas pelo Estado ou Autarquias locais; critério da finalidade sendo aquelas públicas as que atendem diretamente a um interesse público qualificado; e ainda o critério da capacidade jurídica a selecionar que são públicas as pessoas jurídicas dotadas de poderes de autoridade.

Estar-se-ia diante da imensa dificuldade de se adotar um critério único a fim de identificar a personalidade jurídica do ente e seu regime jurídico, sendo necessário que a solução deve ser atingida a partir de resultado da conjugação de mais de um critério, sendo que para COLAÇO ANTUNES, “*só a iniciativa e o fim público são decisivos visto que a*

⁷² Para maior desenvolvimento do assunto, COLAÇO ANTUNES, *O Direito Administrativo e a sua Justiça no início do Século XXI*. Almedina, Coimbra, 2001.

⁷³ COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Jurídica ...ob. cit.*, p.132

⁷⁴ Especialmente, FREITAS DO AMARAL. *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, reimpressão da 3ª ed., Almedina, Lisboa, 2010, p.550 e ss.

*Administração ao atuar frequentemente sob a veste privada retira importância ao último critério”.*⁷⁵

No âmbito do Direito Brasileiro, a professora da PUC-São Paulo, LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, citando o Professor CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, também procura fazer a distinção entre entidades públicas e privadas: *as pessoas privadas tem as seguintes características básicas: a) origem na vontade particular; b) fim geralmente lucrativo; c) finalidade de interesse particular; d) liberdade de fixar, modificar, prosseguir ou deixar de prosseguir o próprio escopo; e) liberdade de se extinguir; f) sujeição ao controle negativo do Estado ou a simples fiscalização; g) ausência de prerrogativas autoritárias.*⁷⁶

Doutra parte, ainda segundo a autora, caracterizam-se as pessoas públicas por: *a) origem na vontade do Estado; b) fins não lucrativos; c) finalidade de interesse coletivo; d) ausência de liberdade na fixação ou modificação dos próprios fins e obrigação de cumprir os escopos; e) impossibilidade de se extinguirem pela própria vontade; f) prerrogativas autoritárias de que geralmente dispõem.*

Portanto, nota-se que o que caracteriza uma entidade como pessoa coletiva de direito público ou como pessoa coletiva de direito privado não é a sua denominação, mas as suas características, pois a simples denominação não pode mudar a natureza das coisas. Não pode ser pelo fato de se chamar o ente de pessoa coletiva de direito privado que ele perderá sua natureza de direito público, ou vice-versa.

Neste tópico, melhor esclarece COLAÇO ANTUNES: *Como temos vindo a sustentar, o critério derimente deve ser o princípio da legalidade, que tem sido objeto de fortíssima desconstrução por parte do legislador nacional. A idéia de que a Administração pública e o seu elemento estruturante essencial, a pessoa coletiva de direito público, abandonasse, quer na forma de organização, que na forma de atividade, o direito administrativo pelo direito privado tem sido avançada por uma parte da doutrina. Ao invés, a nossa opinião é a de que o direito privado como direito ordenador da organização e da atividade administrativa não pode ser uma manifestação do princípio da legalidade especial que caracteriza a relação jurídico-administrativa porque, por definição, não pode ser um componente de Gemeinwohl⁷⁷, na medida em que o privado só se representa a si mesmo, enquanto a Administração, através da pessoa coletiva privada, representa os interesses públicos e a colectividade de cidadãos.*⁷⁸

Desta forma, sobressai a questão da descodificação dos sujeitos de direito público que carecem de revisitação axiológica do princípio da legalidade a fim de apaziguar a crise da personalidade jurídica, e recuperar sua forma-substancial e assim, configurar a pessoa coletiva pública, e também, de fazer valer o ordenamento de fins gerais a partir de “uma disciplina jurídica que seja a veste ou a natureza jurídica da pessoa jurídica”.

O foco deixa de estar na relação Estado-pessoa jurídica, mas sim dentro de uma estrutura previamente definida no ordenamento jurídico público objetivamente entendido, independente do “querer” do Estado na criação de pessoas coletivas públicas ou privadas, caracterizando um tipo de discricionariedade técnica-estrutural.

Sobre o estatuto das pessoas jurídico-administrativas no direito espanhol, ensina LUCIANO PAREJO ALFONSO: Sendo pessoas – ainda que de características específicas – podem obrar no mundo do Direito. Mas, não de igual forma como fazem os sujeitos ordinários, pois as Administrações Públicas têm recortada sua ação por uma estrita soma

⁷⁵ COLAÇO ANTUNES, A *Ciência Jurídica ...ob. cit.*,p.132.

⁷⁶ Cfr. LUCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, 6ª Ed., Malheiros, São Paulo, 2003, p. 212.

⁷⁷ Significa do alemão “Bem público”, tradução livre. .

⁷⁸ COLAÇO ANTUNES, A *Ciência Jurídica ...ob. cit.*,p.133.

de potestades que, em cada momento, lhes são atribuídas pelo ordenamento jurídico. Isto assegura a coerência que entre o estatuto subjetivo e o estatuto da atividade na organização administrativa. Deve-se excluir na raiz o inadmissível fenómeno de que as pessoas que integram a Administração Pública possuem a faculdade de criar outras organizações com igual finalidade pública, mas com âmbito de atuação e estatuto distintos e mais amplo que os da própria matriz criadora. E procurar também, consequentemente, a garantia do princípio da legalidade, em sua dimensão crucial de efetiva sujeição da totalidade da organização administrativa e atividade administrativa ao direito predeterminado pela CE em seus artigos 103 e 106.⁷⁹

Por fim, *“finalmente, a individualização das funções administrativas que devem permanecer públicas cabe, no respeito pela Constituição, na liberdade constitutiva do legislador, mas não à própria Administração”*.⁸⁰⁸¹

1. O Estado Regulador e desconcentração da estrutura organizativa

A fim de entender a atual realidade, cumpre-se fazer uma rápida digressão sobre o nascimento do Direito Administrativo como estruturas e regime jurídico.

A ruptura com o Estado Absolutista Monárquico e o surgimento do Estado de Direito nos países ocidentais, e o fim da confusão entre Estado e Sociedade, trouxeram a afirmação de princípios como o da legalidade, da separação dos poderes e o da liberdade individual.⁸²

A separação entre Estado e Sociedade, limitando a atuação daquele sobre esta, tinha como suposta pretensão dos liberais, a existência plena e satisfatória de uma sociedade em equilíbrio, visando limitar a atuação do Estado ao poder de polícia em nome das liberdades do indivíduo, sendo o Estado não um poder tradicional e sim um poder delegado pelo indivíduo, na sua colectividade, para a proteção e gestão de sua liberdade e iniciativa.

Estas conjunturas unidas à tripartição das funções levaram o Estado a uma maior especialização das suas atividades e a independência dos órgãos que as realizavam. E neste ambiente surgem as estruturas da Administração Pública.

Em decorrência das grandes mudanças sociais, económicas e culturais dos finais do século XIX, a intervenção realizada pelo Estado Liberal passa do circunstanciais a uma prestação conjuntural das necessidades do indivíduo, tornando-se este Estado

⁷⁹ Cfr. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 7ª edición revisado y actualizada. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014 p. 228.

⁸⁰ COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Jurídica ...ob. cit.*, p.146.

⁸¹ Cfr. Cfr. PAREJO ALFONSO, *Lecciones ... ob. cit.*, p. 230: “Desde el punto de vista del Estado democrático y social, el sentido de la reserva por el pueblo de la soberanía es el de la vinculación de la AP a la Ley, gracias a lo cual el interés general o pública equivale primariamente a lo que el poder constituido competente (en principio el legislador) define como tal en cada caso u en cada momento, en el marco de la CE y, en virtud de ella y de la consecuente pertenencia a la EU, también del Derecho comunitario-europeo, programado consecuentemente la actividade administrativa. En cualquier caso, incluso en ausencia de Ley específica aplicable, el interés general o público opera simultáneamente como justificación y limite de la actuación administrativa.”

⁸² J.J. GOMES CANOTILHO observa que o Estado de Direito “serviu para dar resposta a uma tarefa pública central e incontornável de qualquer juridicidade estatal: resolver o problema da violência, garantindo a liberdade e a segurança dos cidadãos”. *O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também*. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Rogério Soares*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Stvdia Iuridica* 61, Ad Honorem – 1; Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 710.

constitucional, “produtor de bens e serviços, promotor e garante do desenvolvimento, ou pelo menos sustentáculo de um não decrescimento económico.”⁸³

O movimento intervencionista do Estado surge para sanar exatamente as disparidades advindas de um sistema liberal e de livre atuação no mercado. O tal equilíbrio não foi alcançado, pelo contrário, asseverou a força do mais forte, com a formação de oligarquias económicas, disparidades e injustiças sociais.

Logo, o Estado social veio enaltecer os direitos sociais enfraquecidos, mas não só, veio salvaguardar um rol mínimo de direitos fundamentais que perpassam na sua compreensão e efetivação na satisfação de interesses gerais e coletivos.

O Estado é o da providência e do bem-estar. Observa MARIA JOSÉ ESTORNINHO⁸⁴ sobre o Estado Social que: “*uma das principais características deste modelo de Estado é, assim, o elenco alargado das funções da AP, não estando apenas em causa o intervencionismo económico da Administração, uma vez que se exige também a sua acção cultural e social.*”

O Estado passa a conferir direitos e realizar prestações por obediência a comandos constitucionais solificados e ligados diretamente a direitos de educação, segurança social e saúde, entre outros, e também como intervencionista económico, atuando como regulador, comprador e vendedor, financiador, entre outras atividades, isto tudo com a finalidade de assegurar certa igualdade entre os indivíduos.

O insistente argumento de que o desvirtuamento do Estado Social estaria no fato de que ele atuava como agente económico e financeiros no âmbito de atuação privada não pode ser a única ou convalidada causa para o surgimento do Estado Mínimo Regulador.

De fato o Estado Social parecia, nas suas dimensões funcionais e estruturais, como um ente hipertrofiado e como consequência disso não conseguia mais realizar a contento sua precípua finalidade: a consecução do interesse público.

Justifica-se também que o Estado não seria mais eficiente, questão aqui ainda a ser discutida no capítulo III. De toda forma, ainda no início da década de 90 quem se enamora pelas funções de estado ligadas a economia de mercado é o setor empresarial privado, que sob o argumento do “*we do best, to you be better*”, toma para si estas funções e até mesmo as próprias estruturas a partir das privatizações.

Mas logo em seguida, o Estado se apaixonada pelo regime de direito privado para executar as funções que lhe são próprias.

O surgimento de um modelo de Estado Regulador, que está sendo construído ao longo do tempo, oscila entre as características dos modelos anteriores ou ainda se pretende como a soma destes: sociais e liberais.

Observa-se que o Estado Social deixa marcas irreversíveis na mudança do Estado Contemporâneo, tanto quanto o próprio Estado Liberal- estruturador deste. Ou melhor, o respeito aos direitos individuais e aos princípios da separação de poderes e da legalidade – conquistados no Estado Liberal, e o respeito aos direitos colectivos e sociais, bem como algumas prestações básicas ao indivíduo, advindos do Estado Social, não podem ficar fora da construção deste novo Estado.

A melhor expressão seria qualificar de Estado Mínimo Regulador, ou segundo João Caupers, o “estado a que nós chegamos”.⁸⁵⁸⁶

⁸³ RUI MANCHETE, *Considerações sobre a dogmática administrativa no moderno Estado Social*. In: Boletim da Ordem dos Advogados, 2.ª série, Lisboa: Ordems dos Advogados Portugueses, 1986, p.1.

⁸⁴ MARIA JOSÉ ESTORNINHO, *A fuga para o Direito Privado...*, ob.cit., p.37.

⁸⁵ Relata o autor, que arguido por um aluno acerca dos tipos de Estado existentes, respondeu: estado estamental, próprio da monarquia absoluta, o Estado de direito liberal, resultante da Revolução Francesa, o Estado totalitário, o Estado social de direito e, um pouco fruto da agonia mortal daquela e das transformações deste, o Estado a que nós chegamos. JOÃO CAUPERS, *Sobre o estado do Estado*, in: AB VNO AD

No tocante a UE, “ *La específica construcción de la UE y, particularmente, de la ejecución de su Derecho está determinando, a su vez y además de estructuras administrativas calificables de mixtas (entre los Estados miembros y la UE), la imposición a dichos Estados de determinadas soluciones organizativas y funcionales, especialmente para la regulación técnico-económica de sectores-mercados, bajo la forma de organismos reguladores o supervisores dotados de independencia funcional* ”.⁸⁷

A questão que atualmente é debatida é a tendência à redução das tarefas atribuídas ao Estado na realização do interesse público. O que se agrava diante da determinação de um conceito próprio de interesse público a ser perseguido pela compreensão atual do papel do Estado.⁸⁸

O Estado tem como papel principal aplicar esforços e recursos para a realização satisfatória desses princípios, o que implica na necessidade de aferir sua forma de atuação deve ser interventiva ou regulatória, ou mesmo de execução direta através de órgãos e estruturas organizativas. E aqui está em causa a compatibilidade da finalidade única e específica de atingir o interesse público prescritos na lei e a mudança do papel do Estado. Certo é que o Estado é necessário e indispensável como instrumento de realização de valores fundamentais.

A questão que se levanta é a redução da intervenção do Estado na economia não significa que a ele seja denegada a competência para realizar concretamente o interesse público, no campo da disciplina jurídica e promoção social.

Sobre o novo papel do Estado Mínimo Regulador e suas manifestações, destaca-se aqui a criação de entidades de regulação, essencialmente independentes do governo, com finalidades específicas de regulação para garantir a constituição e o funcionamento de um verdadeiro mercado concorrencial de livre iniciativa e busca do lucro em contraposição a sua finalidade única e específica de se atingir o interesse público e satisfazer as necessidades públicas.⁸⁹

OMNES: 75 anos da Coimbra Editora”, org. Antunes Varela, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda e J.J. Gomes Canotilho, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 266.

⁸⁶ Sobre o direito brasileiro, observa Maria Sylvia Zanella di Pietro que, sob a inspiração da globalização e da reforma do Estado, surge a idéia de Estado Subsidiário, baseado na doutrina social da Igreja, agora aplicada neste novo modelo de Estado, que teria por um lado o respeito aos direitos sociais e por outro a fiscalização, o fomento e a coordenação da iniciativa privada. In: “500 anos de Direito Administrativo”.

⁸⁷ LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Lecciones...ob. cit.*, p. 186.

⁸⁸ A Troika visa a reforma e a redução do tamanho do Estado Português, e fora imposto como condicionamento a concessão de crédito pelo Banco Europeu, determinando a implementação de uma disciplina fiscal, política e comercial mais liberal, e o mais importante, a privatização de empresas estatais. Memorando de Entendimento conhecido como Troika de 17 de Maio de 20112, o Regulamento do Conselho (UE) n.º 407/2010 de 11 de Maio de 2010, que estabelece o Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira (European Financial Stabilisation Mechanism — EFSM) está disponível em:

http://www.amrconsult.com/wp-content/uploads/2011/05/MemorandoEntendimento_PT.pdf

⁸⁹ Cfr. PACHECO DE AMORIM, *Direito Administrativo da Economia*. Vol. I (Introdução e Constituição Económica), Almedina, Coimbra, 2014. p. 91. “ *Sublinhe-se uma vez mais que como pano de fundo das privatizações temos a criação de entidades reguladoras independentes (autoridades administrativas independentes) cuja missão é assegurar a livre concorrência e os direitos dos utentes de bens e serviços de “interesse económico geral” (antigos “serviços públicos”): é a tão propalada passagem do Estado prestador ao Estado regulador. Enfim, para além das privatizações formal e material que se acaba de referir, tem-se expandido o mecanismo tracional da privatização funcional ou “Administração por particulares”, com um forte incremento da entrega a privados da exploração de atividades que não obstante continuam reservadas à Administração Pública.*”

1.1 O movimento de privatização

É amplamente tratado na doutrina que o termo privatização é um conceito polissémico, capaz de abarcar uma grande multiplicidade de situações.⁹⁰

De forma simplista, privatizar significa tornar privado ou remeter para o setor privado algo que antes o não era e, logicamente, estava adstrito ao setor público.⁹¹ Certo é que a privatização tem conteúdo notavelmente económico.⁹²

O Estado está perdendo o protagonismo em benefício da sociedade, e em especial, em benefício do mercado.⁹³

De acordo com a Constituição Portuguesa, conforme artigo 82º, nº 2, privatizar consiste em transferir a titularidade ou a gestão de um bem, empresa ou tarefa da esfera jurídico-pública para a esfera jurídico-privada dos meios de produção.⁹⁴

As diferentes realidades que podem ser reportadas ao conceito de privatização têm sido objeto de outros tantos catálogos delineados pela doutrina num enorme esforço de abranger todas as possíveis manifestações do movimento privatizador.

Neste trabalho, importante nos deter a privatização formal, conforme apelida PEDRO GONÇALVES⁹⁵ a esta modalidade de privatização orgânico-formal e integra-la no âmbito da categoria mais vasta da privatização da execução de tarefas públicas.⁹⁶

Neste contexto, antes de detalhar sobre a criação ou transfiguração de um ente que exerce funções administrativas, importante pôr em relevo o princípio da liberdade de eleição do Direito Público ou do Direito Privado.⁹⁷

O princípio da liberdade de escolha compreende duas vertentes. Por um lado apresenta-se a liberdade de escolha das formas de actuação ou do direito aplicável que se traduz na possibilidade de subordinar uma entidade jurídico-pública quer ao Direito

⁹⁰ Para uma síntese exemplificativa das várias acepções de “privatização”, ver PAULO OTERO, *Privatizações, Reprivatizações e Transferências de Participações Sociais no Interior do Sector Público*, Coimbra Editora, 1999, pp.11-15.

⁹¹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...ob.cit.*, pp.36-37.

⁹² SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, *Sentidos y Formas de la Privatización de la Administración Pública*. In: Os caminhos da privatização da Administração Pública. Coimbra, 2001.

⁹³ Prof GERMÁN FERNANDÉS FARRERES explica que: “A internacionalização se apresenta, portanto, como alternativa inevitável ao estado tradicional que já não é capaz de dar resposta a uma mundialização dos problemas económicos. E nestas circunstâncias, facilmente se compreende que o Direito em geral, e o Direito Administrativo em particular, provenham cada vez menos do Estado, ainda que formalmente este siga sendo o autor das normas.” Em: GERMÁN FERNANDÉS FARRERES *La Administración Pública y la reglas de la “externalización”*, Revista Justicia Administrativa. Lex Nora, núm. 33, 2006, p.70.

⁹⁴ Cfr. PAULO OTERO, *Privatizações Reprivatizações e Transferências de Participações Sociais no Interior do Sector Público*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 14. Idem, *Vinculação e Liberdade de conformação jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra Editora, 1999, pp. 64.

⁹⁵ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...ob.cit.*, pp. 396 e ss.

⁹⁶ Sobre as formas de privatização PACHECO DE AMORIM, *Direito Administrativo da Economia*. Vol. I (Introdução e Constituição Económica), Almedina, Coimbra, 2014. pp.90-91: “Temos em primeiro lugar a (mera) privatização formal, levada a cabo em nome da eficácia da atuação de poderes públicos: é a chamada “fuga para o direito o direito privado”, que se processa através da adoção pelas organizações públicas de formas jurídico-organizativas privadas – sociedades comerciais, fundações – com vista à total submissão ao direito privado, por conseguinte, quer da atividade de novos entes, quer mesmo da organização e funcionamento. Fenómenos distintos do da “fuga para o direito privado” são os da privatização material e orgânica: aqui já estamos perante uma verdadeira privatização de atividades tradicionalmente reservadas à Administração (privatização material), com substancial privatização também das próprias entidades que as desenvolviam (privatização orgânica) – isto é, com simultânea venda a privados de parte ou da totalidade do capital social das empresas públicas que até esse momento exploravam tais atividades, em muitas casos em regime de monopólio. São as chamadas “privatizações”, que entre nós ocorreram sobretudo na década de noventa”.

⁹⁷ Cfr. MARIA JOSÉ ESTORNINHO, *A fuga... ob. cit.* pp. 189 e ss.

Administrativo⁹⁸, que ao Direito Privado e, portanto, no exercício da função administrativa através dos instrumentos jurídicos próprios do Direito Administrativo, ou ao invés, dos instrumentos jusprivatísticos. Por outro lado, a liberdade de escolha pode revelar-se quanto às formas de organização. Neste caso, a liberdade respeita à opção entre a personalidade pública e a personalidade jurídica privada.⁹⁹

A decisão última sobre o recurso ao Direito Privado é sempre uma decisão jurídico-privada, tomada pelo legislador ou pela própria Administração, no exercício de um poder discricionário¹⁰⁰, com base na lei e daí a supremacia do princípio da legalidade.¹⁰¹

A privatização na forma de organização implica, necessariamente, que o direito regulador seja muitas vezes o Direito Privado ou um misto de Público-Privado, pelo que a opção por uma forma de organização privada acarreta a adoção de forma de atuação privada.¹⁰²

Logo, retornando ao foco da privatização formal, está em casua a alteração da natureza jurídica da entidade público, e por isso, uma “privatização dos sujeitos”.¹⁰³

Apresentam-se-nos pessoas coletivas privadas (sociedades comerciais, fundações ou associações¹⁰⁴), que atuam sob a égide de Direito Privado, mas no exercício de funções administrativas, tal como acontece com as entidades públicas empresariais. Estas empresas públicas são sociedades constituídas ao abrigo do Direito Comercial, nas quais o Estado ou outra entidade pública possa exercer, isolada ou conjuntamente, direta ou indiretamente, influência dominante. Acresce que o regime jurídico aplicável a estas empresas é o Direito Privado conforme o artigo 7.º, n.º 1 do RJSEEP (Regime Jurídico das Sociedades Empresárias Estatais).¹⁰⁵

O flagrante exemplo de privatização formal é o caso das “fundações privadas com origem pública”, também elas submetidas ao artigo 4.º, n.º 1, alínea c) e 2 da Lei-Quadro

⁹⁸ Neste caso, a tais entidades e respectiva atividade aplica-se, em princípio, todo o ordenamento jurídico-público (princípios gerais da atividade administrativa, regimes procedimental e processual administrativos, regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas, etc.) PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, ob.cit. p. 253

⁹⁹ Cfr. MARIA JOSÉ ESTORNINHO, *A fuga...*, ob. cit., p. 191; no mesmo sentido PAULO OTERO, *Vinculação...* ob. cit. pp.220 e ss.

¹⁰⁰ Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação ...ob.cit.* p. 268.

¹⁰¹ O fenómeno privatizador pode operar op legis ou através de meios jurídico-públicos ou ainda por meios jurídico-privados. Todavia, nestas duas situações reportam-se sempre a uma decisão jurídico-pública de carácter legislativo ou, quando muito de carácter administrativo no que concerne à privatização por meios de Direito Privado. Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade...* ob. cit. pp. 794-797.

¹⁰² A este propósito, PAULO OTERO fala inclusive numa reserva constitucional de Direito Privado enquanto direito regulador de entidades formalmente privadas. Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...* ob. cit., 268 e 281. Mesmo não sendo expresse, faz pensar que esta reserva só se aplica às entidades no âmbito económico sem qualquer menção às entidades que, mesmo privadas, perseguem o interesse público.

¹⁰³ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública, O sentido da vinculação administrativa à jurisdição, 2ª Reimpressão da edição de Maio/2003, Almedina, 2011*, p.305.

¹⁰⁴ Sobre uma apreciação liminar sobre as associações públicas de Direito Privado (que não são objeto do presente estudo) ver JOÃO CAUPERS, “As fundações e as Associações Públicas de Direito Privado”, in *Os caminhos da privatização da Administração Pública*, Stvdia Ivridica 60, BFDUC, Coimbra Editora, 2001, pp. 323-332.

¹⁰⁵ Há dois regimes para o setor empresarial do Estado, o RJSEE para as sociedades empresárias estatais e o RJSEL para as empresas municipais. Na legislação portuguesa, as empresas locais também são constituídas nos termos da lei comercial, nas quais os municípios ou as áreas metropolitanas possam exercer uma influência dominante (cfr. Lei nº 50/2012, 31 de Agosto). As empresas locais são também pessoas colectivas privadas (cfr a referida lei), regidas pela mesma lei, pela lei comercial e pelos estatutos, e subsidiariamente, pelo regime do sector empresarial do Estado. Em termos homólogos, as empresas públicas regionais, dos Açores e da Madeira (cfr. Decreto-Legislativo Regional n.º/2011/A, de 22 de Março). São exemplos de entidades administrativas privadas de carácter societário em Portugal: Caixa Geral de Depósitos, ANA, Adm. do Porto do Douro e Leixões, Expo 98 S.A.

das Fundações. Mais uma vez, trata-se de pessoas coletivas privadas de substrato público¹⁰⁶ ou misto¹⁰⁷, a que acresce o fato de, no ato de constituição serem dotadas do estatuto de utilidade pública.¹⁰⁸

Na medida em que a privatização das formas de organização acarreta necessariamente que o direito aplicável, mesmo que em parte, seja o Direito Privado¹⁰⁹, esta modalidade também configura uma hipótese de fuga para o Direito Privado¹¹⁰.

Atualmente, já não é estranha a inclusão de entidades privadas¹¹¹ no seio da Administração Pública portuguesa. A este propósito, PEDRO GONÇALVES adota um “conceito de Administração com caráter integrador” que permite, como o nome indica, integrar na AP entidades administrativas privadas (integração institucional) e entidades particulares com funções administrativas (integração funcional).¹¹²

Às entidades que emergem de um processo de privatização formal, PEDRO GONÇALVES, como VITAL MOREIRA e de PAULO OTERO, atribuiu-lhes a designação de entidades administrativas privadas: são entidades administrativas, em virtude de se encontrarem numa situação de domínio ou influência dominante de uma pessoa coletiva pública (daí integração institucional), mas privadas, porque assumem como direito regulador o Direito Privado.¹¹³

Este tipo de entidades é também enquadrado, pela doutrina, na categoria da “Administração indireta privada” ou da “Administração Pública em forma privada” que coexiste, lado a lado, com a “Administração indireta pública” ou “Administração Pública em forma pública”.

No próximo tópico deste trabalho, abordaremos a figura das fundações públicas de Direito Privado, que tem sido adotadas no âmbito do ensino superior através das “fundações públicas universitárias”. Este modelo já foi implementado pelo ISCTE-Instituto Universitário de Lisboa, pela Universidade do Porto e pela Universidade de Aveiro.¹¹⁴

De igual forma, “as fundações públicas de Direito Privado”, previstas no artigo 4º, n.º 1, alínea c) e 2 da Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho, que aprovou a Lei-Quadro das Fundações, são pessoas coletivas públicas, criadas por iniciativa pública, com património e fins públicos, mas com “influência dominante” do Direito Privado.

Estas entidades integram automaticamente o conceito de Administração Pública (em sentido estrito) graças à sua personalidade de Direito Público. Como bem esclarece

¹⁰⁶ São exemplos deste tipo de fundações: a Fundação Casa da Música, a Fundação Mata do Buçaco e a Fundação Cidade de Guimarães (cfr. por ordem, Decreto-Lei n.º 24/2008, de 26 de Janeiro, Decreto-Lei n.º 120/2009, de 19 de Maio e Decreto-Lei n.º 202/2009, de 28 de Agosto).

¹⁰⁷ Constituem exemplos destas fundações a Fundação Martins Sarmento e Fundação para a Protecção e Gestão Ambiental das Salinas do Samouco (cfr. por ordem, Decreto-Lei n.º 18/2008, de 8 de Fevereiro e Decreto-Lei n.º 36/2009, de 10 de Fevereiro).

¹⁰⁸ Cfr. MIGUEL LUCAS PIRES, “Regime Jurídico Aplicável às Fundações de Direito Privado e Utilidade Pública”, Publicações CEDIPRE Online – 7, <http://cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, maio de 2013.

¹⁰⁹ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade...ob. cit.*, p.310.

¹¹⁰ Paulo Otero, embora admita que a privatização forma também consubstancia uma possibilidade de fuga para o Direito Privado, acaba por concluir que só há uma verdadeira fuga para o Direito Privado no âmbito da privatização do direito aplicável, por estarem aqui envolvidas pessoas coletivas públicas. Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação..., ob. cit.*, pp.77-78.

¹¹¹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas..., ob. cit.*, p.51.

¹¹² Para maiores desenvolvimentos sobre a matéria ver PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos..., ob. cit.*, pp.282 e ss.

¹¹³ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas..., ob. cit.*, p. 52.

¹¹⁴ Cfr., por ordem, Decreto-Lei n.º 95/2009, de 27 de Abril, Decreto-Lei n.º 96/2007, de 27 de Abril e Decreto-Lei n.º 97/2009).

PEDRO GONÇALVES, a forma jurídico-pública envolve o efeito automático de inclusão na Administração, apesar do regime aplicável ser descritivo do Direito Privado.¹¹⁵

A privatização dos serviços públicos só pode ser feita se a empresa que passar a gerir tais serviços tiver os requisitos técnicos e econômicos necessários para tal. Caso contrário, restará prejudicado o interesse público que se visa satisfazer com a devida prestação dos serviços públicos.

O grande problema encontrado é que as empresas privadas vêm no lucro seu principal objetivo, o que dificulta a conciliação do interesse público com os interesses privados destas empresas.

Avançando na discussão sobre a incompatibilidade do objetivo do lucro com a concretização do interesse público, Professor Doutor COLAÇO ANTUNES enfatiza que cabe Administração realizar a finalidade pública através da prossecução do interesse público: *“Partindo do pressuposto de que na raiz do interesse público está sempre uma necessidade relevante da sociedade, não parece fantasioso afirmar que é obrigação da Administração realizar os interesses públicos. A Administração pública é, assim, o instrumento utilizado pela ordem jurídica para a satisfação de tais interesses”*.¹¹⁶

O processo de privatização dos serviços públicos não pode significar a abolição dos compromissos essenciais do Estado na realização do interesse público, na tutela dos direitos dos cidadãos e na dignidade da pessoa humana.

Mais uma vez, o esforço a ser feito é o de resgate das finalidades do Estado, o que não significa o desprezo ao re-enquadramento do papel do Estado nas sociedades contemporâneas. O Estado deve preservar poder suficiente para atuar como promotor da cidadania, dos direitos que asseguram a dignidade da pessoa humana e condições básicas de vida, de fornecer instrumentos seguros de resolução de conflitos sociais e garantidor da extensão do progresso social para os mais amplos setores da sociedade.

No tocante ao princípio do interesse público como fundamento da nacionalização, uma vez privatizado um serviço público, pode ocorrer a hipótese de que tal serviço não esteja sendo devidamente prestado pela entidade privada responsável por sua gestão. Nesse caso, o interesse público, que não está sendo satisfeito, justifica a nacionalização da prestação de tal serviço.¹¹⁷

Os poderes administrativos estão sendo normalmente delegados e concedidos a particulares. Essa perda não só reflexa uma privatização das funções públicas, mas também de determinados poderes de gestão e controlo, que não estão mais ao alcance do tradicional aparato administrativo.

De acordo com o Professor FERNANDÉZ FARRERES, *“a Administração necessita contar com colaboradores privados de maneira crescente. Logo, se faz presente com muita intensidade o fenómeno da “externalização” que consiste, na própria gestão dos assuntos de responsabilidade da Administração pública a empresas privadas.”*¹¹⁸

¹¹⁵ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas...ob.cit.*, p.51.nota 9. Importante observa que sendo uma entidade na forma jurídico-privada não necessariamente incluída no conceito de Administração Pública. Não é possível associar um efeito excludente à simples subjetivação privada de uma entidade.

¹¹⁶ COLAÇO ANTUNES, *O Direito Administrativo e a sua Justiça no início do Século XXI*. Almedina, Coimbra, 2001, p. 42.

¹¹⁷ FLÁVIO DINO DE CASTRO E COSTA, *Globalização e crise constitucional*. Revista de Direito Administrativo, vol. 211. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 238 *apud* AMARO, Fernanda Pereira. O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional dos direitos humanos fundamentais. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 50. Ano 13. Janeiro-Março de 2005. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2005, p. 135.

¹¹⁸ Em tradução livre do texto em: GÉRMAN FERNANDÉZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo*, Civitas Thompson Reuters, Madrid, 2013, p. 46.

Todas as transformações são facilmente visualizadas, entre muitos aspectos, no planeamento acerca da organização administrativa. Para além do emagrecimento do Estado que já ocorre há duas décadas, há uma maior flexibilidade organizativa voltada sobretudo para o direito privado, o que coloca em xeque o objetivo fundamental das estruturas administrativas, quais sejam: a prossecução do interesse público sob a plena sujeição ao poder administrativo e à legalidade, à lei, à jurisdição, ao controle e por fim, aos juízes e tribunais de justiça.

2. Fundações Públicas de Direito Privado

A princípio, as fundações públicas são pessoas coletivas públicas, do tipo institucional, isto é, institutos públicos, enquadradas na Administração Estatal indireta pública e se conceituam como património afetado à prossecução de fins públicos especiais.¹¹⁹

Integram o setor da Administração estatal indireta, para além da generalidade de empresas públicas – sociedades de capitais exclusiva ou maioritariamente públicas, instituídas para finalidade públicas sob a forma de sociedades comerciais¹²⁰, as fundações públicas de direito privado de criação estatal, como o caso, entre outros institutos educacionais¹²¹ e da Universidade do Porto.¹²²

Este trabalho detém-se a figura da Fundação pública de direito privado, a exemplo da Universidade do Porto, uma vez que a pessoa coletiva de direito público vem sendo debilitada e molestada na estrutura do Estado, dando lugar a esta figura de “¹²³identidade jurídica indefinível.”

A questão é que não basta o critério discriminante da personalidade jurídica pública ou privada, acreditamos que a relevância recai na natureza jurídica ou o fim prosseguido pela pessoa, independente da personalidade jurídica e da qualificação dos seus atos.

A ausência de uma definição legal de p.c.p. e de um estatuto jurídico definidor se faz necessário perante o quadro de privatização formal até mesmo para definir o regime jurídico aplicável, uma vez que parece que a *última ratio* da privatização é “autorizar” as p.c.p.¹²⁴ a utilização do regime jurídico privatístico.

¹¹⁹ JOSE EDUARDO FIGUEIREDO DIAS / FERNANDA PAULA OLIVEIRA. *Noções fundamentais de Direito Administrativo*, 2ª ed, Almedina, 2010, p. 69.

¹²⁰ O setor empresarial do Estado é regulado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, sendo estas entidades sujeitas a um regime de direito privado, com derrogações. Cfr., ainda, o Decreto-Lei n.º 71/2007 de 27 de Março, que estabelece do gestor público e que sujeita aos princípios de direito administrativo “o exercício de poderes próprios do exercício de funções administrativas” – artigo 9º.

¹²¹ Já citado no trabalho o caso também da Universidade de Aveiro e ISCTEC. Observa Prof. Colaço Antunes, uma coisa são as fundações universitárias, outra a Universidade-fundação. Cfr. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência...*, ob.cit., p.81.

¹²² Uma parte da doutrina integra ainda na Administração estadual indireta, não obstante a sua especificidades, as autoridades administrativas reguladoras, que se caracterizam por serem administrações indiretas com autonomia acrescida (v.g. a Autoridade da Concorrência e a ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos; CMVM – Comissão de Mercado de Valores Mobiliários) e institutos públicos com funções reguladoras (v.g. INTF, I.P. – Instituto nacional do Transporte Ferroviário; ERSAR, I.P. – Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos). Estas entidades estão sujeitas a um regime específico, estabelecido nos decretos-lei na respectiva criação. Não é objeto deste trabalho as pessoas coletivas que integram a AP Indireta do Estado, para maiores digressões sobre a integração destas entidades numa subespécie da Administração estadual indireta, a par da Administração indireta pública e privada. Ver VIEIRA DE ANDRADE, *Introdução ao Direito Administrativo*, 2º Ed., IUC, Coimbra, 2011, p. 89.

¹²³ Cfr. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência...*, ob.cit., p. 76,

¹²⁴ Aqui seria importante citar para maiores estudos o princípio da especialidade do artigo 12º, n.º 2 da CRP para verificar que a personalidade jurídica, a forma e o regime aplicável a organização das estruturas de

Ultrapassada a questão da personalidade jurídica diríamos o que define o sujeito público é sua autonomia funcional e genética.¹²⁵

No caso das fundações públicas de direito privado, embora seu regime jurídico seja privada, a sua vinculação ao fim público é devida à natureza de sua organização.

Em consonância com os artigos de direito administrativo constitucional, (artigos 17º, 18º, 266º, 267 da CRP, entrou em vigência a Lei Quadro das Fundações n.º 24/2012 de 09 de Julho¹²⁶, que no seu artigo 48º ultrapassa a dúvida sobre o regime jurídico aplicável às fundações descritas na lei, diria que uniformizando a todas em um regime público ao submete-las a todas aos mesmos princípios. Seguindo a melhor orientação e a mais consentânea com o contexto normativo, o critério dirimente adotado pela lei foi o regime jurídico adotado, sendo em seus termos o regime jurídico público misto com algumas normas autorizativas do exercício de capacidades privadas.

Creio que bastava para aclarar a questão o artigo 160º n.º 1 do Código Civil , que determina que capacidade das pessoas coletivas abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução de seus fins. Logo, o princípio da especialidade está aqui também consagrado, e por ele as pessoas colectivas sejam públicas ou privadas têm capacidade de gozo específica, delimitada às funções dos fins para os quais essas entidades estão vocacionadas.

O Prof. COLAÇO ANTUNES cita que : “o direito ordenador da atividade administrativa passar a ser crescentemente o direito privado, dando lugar a capacidade jurídica privada da Administração com outros contornos e desenvolvimentos”¹²⁷, entretanto, e apesar disso, basta que se mantivesse as pessoas colectivas de Direito Público, tendo personalidade jurídica “unitária e incindível”, têm, por outro lado, “uma dualidade de capacidade jurídica de direito público e de direito privado. Em concreto, as relações para as quais cada entidade é dotada de capacidade jurídica dependem da própria legalidade a que a mesma está vinculada, e não é a a mesma para todas as pessoas coletivas, oferecendo assim “um quadro casuístico, particularistas, variável, e dinâmico”¹²⁸.

CAPÍTULO III - Limites à engenharia legislativa da estruturas orgânicas

1. Reserva Constitucional e Legalidade

Atualmente, o principal problema que a privatização da Administração Pública coloca não é já a procura de uma justificação, mas sim o determinar dos seus limites, sabendo-se que nem toda Administração poderá ser privatizada a partir da verificação do artigo 266º n.º 2 da CRP que não permite a conversão de toda AP em privada.

Estado estão inimamente ligadas à atribuição de competências. Cfr. MARIA JOSÉ ESTORNINHO, *A fuga...ob.cit.*, p. 199.

¹²⁵ Cfr. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência...*, *ob.cit.*, p. 80. Complementa neste sentido: “É por esta razão que a capacidade jurídica de direito privado da pessoa coletiva pública é também ela limitada pelo fim a prosseguir pela Administração”.

¹²⁶ Não temos por objetivo estudar a disciplina e o estatuto jurídico das fundações, apenas citar a ginástica legislativa a fim de aclarar a miscilânea de direito público e privado como regimes aplicáveis às personalidades de direito público ou privado das fundações.

¹²⁷ Cfr. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência ...ob.cit.*, p. 100.

¹²⁸ Cfr. MARIA JOSÉ ESTORNINHO, *A fuga...ob.cit.*, p. 201.

Desde a década de 80 do século passado, a Alemanha vem discutindo sobre a *Umbruch* do Direito Administrativo. Estas mudanças, certamente circunstanciais ao nosso período histórico político-económico, têm perfil inédito e de grande impacto nas relações jurídico-administrativas. E por isso, debate-se hoje no Direito Administrativo alemão se as repercussões dessas novas tendências não teriam dado lugar a um novo dogma jurídico do direito público.¹²⁹

Entretanto, antes de se ter precipitadas conclusões a respeito, necessário verificar que na Ciência do Direito Administrativo, os conceitos de modernização, inovação e reforma carecem de maior precisão.¹³⁰

Enquanto que a modernização caracteriza-se como um processo de mutação do Direito Administrativo que se dá de forma sistémica: de otimização contínua e interação dos meios e instrumentos para a execução das actividades administrativa; os processos de inovação e reforma se distinguem no seu grau de abstração, alcance, origem e sentido.

Pode-se dizer que a inovação se observa a partir e graças a uma certa estrutura do Direito já existente, enquanto que a reforma incide e intervém num movimento exógeno com o determinado objetivo de mudar uma referida estrutura. A inovação seria uma modificação morfogenética e a reforma uma modificação teleológica¹³¹. Ou ainda, pode-se afirmar que na AP, a reforma é uma rotina, é dizer, uma normalidade, e a estabilidade da organização se consegue paradoxalmente com o adaptação contínua e não com a invariação.

E essa necessidade de inovação junta-se a outros fatos como a suposta falta de eficácia e ineficiência da AP que a leva para o caminho da privatização.

A questão é que uma vez privatizada, o interesse público deve continuar a ser realizado pelo Estado em carácter universal a todos os cidadãos, em condições de acesso, também igual a todos e com a manutenção do correspondente grau de qualidade.¹³²

Ao se referir aos limites da reorganização administrativa do estado através da privatização de suas estruturas que desempenham atividade pública não económica, PAULO OTERO salienta que: “*o exercício de poderes de soberania de carácter permanente exige uma forma jurídico-pública de organização no exercício, a título normal e permanente, de prerrogativas de autoridade ou para actuação sob a égide do Direito Administrativo em áreas típicas ou nucleares da Administração Pública.*”¹³³

Logo, podemos falar na existência de uma reserva constitucional de Direito Administrativo que se impõe que o exercício de poderes típicos de soberania ou o núcleo essencial das prerrogativas de autoridade que atividade administrativa envolve nunca possa ser submetido ao direito privado. Pelo princípio da legalidade insculpido no artigo 266º da

¹²⁹ LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Transformación y Reforma Del Derecho Administrativo en España. Colección Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo*. Madrid: Global Law Editorial. INAP, 2014, p.18.

¹³⁰ LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Transformación y Reforma ...ob.cit*, p.18.

¹³¹ Apud: N LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 3, Soziales System, Gesellschaft, Organisation*, Westdeutscher erlag, Oplanden, 1992, p. 377. P. 20

¹³² Cfr. SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO. “Sentido y Formas de la Privatización de la Administración Pública”, In: *Os caminhos da privatização da Administração Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 25. Diz que: “*Nada hay que oponer a la privatización de estas actuaciones administrativas, siempre y cuando su gestión resulta más eficaz, menos costosa y, en todo caso, se garanticen debidamente los principios de universalidad e igualdad a los que debe responder el sistema de prestaciones administrativas. Exigencias éstas últimas que obligan a una seria de cautelas.*”

¹³³ Cfr. PAULO OTERO, “Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública”, In: *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, *Studia Iuridica*, n.º 60, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2001, p. 55.

CRP, exige-se que o exercício de tais funções administrativas seja sempre objeto de disciplina pelo Direito Administrativo.¹³⁴

Também podemos que o princípio da legalidade tem uma formulação positiva no Estado Social, ou seja, diz o que a AP deve ou não fazer, e não apenas o que está proibido de fazer. E porque também não dizer que a AP tem um limite positivo na forma de se estruturar seu conjunto orgânico?

Considerando que o interesse público é de certo modo definido a partir da estipulação das competências dos órgãos e finalidades das entidades (princípio da especialidade), a alteração ou mudança para o regime privatístico altera a essência do interesse público definido em lei, o que macula a legalidade. O modo de atuação das pessoas coletivas privadas ou pessoas coletivas públicas de direito privado é distinto da p.c.p disposto na lei.

Verifica-se que o interesse público é de um lado atividade administrativa e também limite externo da validade do ato administrativo praticado tendo em vista o princípio da legalidade e as disposições constitucionais.¹³⁵

Por fim, considerando que a *“constituição portuguesa exclui a existência de um poder organizatório do poder executivo desvinculado dos princípios da legalidade e da constitucionalidade, como resulta da conjugação dos artigos 1º e 2º, com o artigo 198º/2. (...) é importante fundar o poder organizatório nos princípios da constitucionalidade e da legalidade da Administração e da sua atividade, ainda que com densidades normativas diversas (artigos 164.º e 165º da CRP). As vinculações constitucionais são muito relevantes nesta matéria, na medida em que vêm questionar a natureza executiva do poder organizatório e, por outro lado, vêm afirmar que todo o poder de organização deve ter uma legitimação constitucional e legislativa suficiente. Esta exigência é válida não só para a criação de novas pessoas coletivas públicas mas também, e isto é decisivo, para a criação de criaturas cuja natureza jurídica ou personalidade é incerta”*.¹³⁶ É o caso das fundações públicas de direito privado.

2. Princípio da Eficiência

A noção de eficiência é notadamente um “património” de várias ciências sociais e humanas.¹³⁷ Por isso, provavelmente, que o conceito de eficiência surja, não raras vezes, multifacetado e associado com frequência a outros conceitos que em rigor são apenas “afins” daquele.

É o caso dos conceitos de economicidade, produtividade, racionalização, rendibilidade e por último eficácia, com o qual mais se relaciona no âmbito do Direito Administrativo. A concepção de eficiência que se reputa aqui como a mais adequada é a que - aliás é muito impressiva - resulta do cotejo com o conceito de eficácia.

¹³⁴ *Idem...*, ob. cit., p. 56.

¹³⁵ Sobre a exaltação do contrato em detrimento do ato administrativo, melhor conferir ARQUER, José Manuel Sala. “Las concesiones de servicio publico en un contexto liberalizado”. In: *Direito e Justiça – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*. Universidade Católica – Faculdade de Direito. p.48.

¹³⁶ Cfr. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Jurídica...*, ob.cit., p.141.

¹³⁷ Em economia, o conceito de eficiência mais corretamente utilizado é o de VILFREDO PARETO. Para este autor italiano, “eficiência” significa afectar os recursos económicos de forma óptima, no sentido de que não é possível melhorar o bem-estar de um agente económico sem que seja através da diminuição do bem-estar do outro. Sobre este assunto, numa perspectiva económica, cfr. PAULO TRIGO PEREIRA, ANTÓNIO AFONSO, MANUELA ARCANJO E JOSÉ GOMES SANTOS, *Economia e Finanças Públicas*, Lisboa: Escolar, p. 206-213.

Assim, nesta perspectiva, a eficiência reportar-se-ia aos recursos consumidos (*inputs*) para a obtenção de um determinado fim, ao passo que a eficácia exprimiria as relações entre os efeitos ou resultados e os objetivos pré-determinados.¹³⁸

Transpondo esta acepção de eficiência para o plano jurídico-administrativo, considera-se que ela traduz o modo de realização óptima dos fins da Administração.

Alguns dos autores que se têm debruçado sobre este assunto, consideram que o juízo de “eficiência” esta co-envolvido no princípio da prossecução do interesse público, não lhe emprestando, portanto, relativamente a este último, uma verdadeira autonomia.

Nesta corrente de opinião inscrevem-se, entre outros, DIOGO FREITAS DO AMARAL, sustentando que: *o princípio da prossecução do interesse público, constitucionalmente consagrado implica, além de mais, a existência de um dever de boa administração, quer dizer, um dever de a Administração prosseguir o bem comum de forma mais eficiente possível. O dever de boa administração, ou o princípio da eficiência, está expressamente previsto na alínea c) do artigo 81º da CRP para o sector público empresarial. Mas o artigo 10º do CPA, parte final estende-o a toda actividade da Administração Pública.*¹³⁹

Na atualidade, com a edição e publicação do recente CPA, Decreto-Lei n. 4º/2015, 7 de Janeiro, foi elevado a categoria de princípio regente de toda actividade administrativa o princípio da eficiência.¹⁴⁰

Uma parte da doutrina juspublicística já considerava a existência de um verdadeiro princípio da eficiência autónomo com dignidade constitucional, antes mesmo do advento do artigo 5º do novo CPA dispor sobre ele de forma autónoma e destacada.¹⁴¹

Com efeito, PAULO OTERO, entre outros, elegem o princípio da eficiência como um verdadeiro imperativo constitucional, porquanto a subordinação da AP aos princípios

¹³⁸ Conforme a doutrina espanhola, LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Eficacia y Administración*, Madrid: MAP, 1995, p. 89-109, a eficácia não se confunde com a noção clássica de eficácia jurídica das normas e actos, enquanto mera eficiência, ou seja, com a poupança de recursos. Subtendendo uma estratégia, ou seja, uma dada relação entre os meios e os fins que se pretendem alcançar. Tradução livre.

¹³⁹ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II. Almedina, Coimbra, 2012, p. 38. Importante ressaltar que pela redação do novo Código de Procedimento Administrativo, Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de Janeiro, o princípio da eficiência está intitulado no artigo 5º como princípio da boa administração.

¹⁴⁰ A redação dada pelo novo CPA diz: “A Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade.”

¹⁴¹ De salientar que o princípio da eficiência é intitulado como o “da boa administração” assim como na literatura jurídica italiana é frequente a associação do conceito de eficiência ao designado “princípio do bom andamento” (*buon andamento dell’amministrazione* do art. 97º da Constituição Italiana) que alguns autores portugueses consideram como sinónimo de boa administração, é o caso de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2º volume, Coimbra, Coimbra, 1985, p. 424. Exemplos de outras legislação que já corroboravam com a asserção de um princípio da eficiência com maior amplitude e autonomia: O Decreto-Lei n.º 105/2007, de 3 de Abril, quer no Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (conhecido por PRACE), onde facilmente encontrámos múltiplas referências aos princípios da eficiência e da eficácia no âmbito da organização da administração direta do Estado, como disso é exemplo o artigo 3º. da mencionada lei, que incluem o princípio da racionalização e da eficiência na afectação dos recursos públicos. Na Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, também republicada pelo já citado Decreto-Lei n.º 105/2007, proclama a eficiência, em especial a eficiência económica, e a gestão por objectivos enquanto princípios de gestão que devem ser observados pelos institutos públicos. No artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, republicado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto, que a actividade empresarial do Estado deve desenvolver-se segundo parâmetros exigentes de qualidade, eficiência e eficácia. E ainda, o Regime Jurídico do Património Imobiliário Público (cfr. Art. 3º do Decreto-Lei nº 280/2007, de 7 de Agosto) e o Decreto-Lei 379/93, de 5 de Novembro, que estabelece, no respectivo art. 2º, que o princípio da eficiência é um dos princípios fundamentais do regime de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais e municipais relativos à captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos.

da justiça, da igualdade e da imparcialidade, impostos pelo artigo 266º, n. 2º da CRP já previa uma *regra implícita de eficiência administrativa: por um lado, a prossecução do interesse público, segundo critérios de justiça, envolve um dever de satisfação de necessidades coletivas vitais através da repartição ponderada dos meios disponíveis a utilizar no sentido de maximizar as vantagens; por outro, a sujeição da Administração aos princípios da igualdade e da imparcialidade determina um conjunto de regras que, mesmo sem terem em vista primariamente a ideia de boa administração, a título acessório contribuem para uma maior eficácia, economicidade e racionalidade decisória.*¹⁴²

Para este efeito, e fazendo aqui apelo ao entendimento de Robert Alexy, diremos que os princípios configuram “mandados de optimização” e que as regras constituem “mandados definitivos”.¹⁴³

Ora, atento ao ensinamento de Robert Alexy, já era perfeitamente plausível inferir de várias normas da Constituição Portuguesa que, as estruturas da AP devem nortear sua atuação de acordo com um mandado de otimização informado pela eficiência. Sendo que, o novo CPA veio corroborar com esta imposição ao determinar que a “*Administração deve ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada*”.

Por outras palavras, a AP não deve cingir-se a agir no sentido de promover o bem-estar da colectividade, deverá, antes promovê-lo da melhor forma possível, entrando nesta “equação”, necessariamente – por imperativo legal e constitucional -, um juízo de eficiência.

Efectivamente, é irrefutável a projecção de um comando constitucional de eficiência ao nível da organização administrativa – artigo 267º, n. 2º da CRP¹⁴⁴ - e ainda como específica incumbência do Estado quanto ao setor público – artigo 81º alínea c da CRP.

Entretanto, no tocante às estruturas da AP constituídas pelo direito público regidas ou parcialmente regidas por normas de direito privado, não se pode eximir da observância e aplicação do princípio da eficiência. O regime jurídico aplicável não constitui critério de exclusão da eficiência na constituição das pessoas coletivas da AP e tampouco do seu modo de atuar. Porquanto que sejam atos praticados na consecução dos fins públicos, há que se ter a eficiência como princípio basilar da atividade.

¹⁴² Cfr. PAULO OTERO. *O Poder de Substituição em Direito Administrativo – Enquadramento Dogmático-Constitucional*, vol. II Lex, Lisboa, 1995, p. 638.

¹⁴³ Segundo ROBERT ALEXY,“(…) os princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Como consequência, os princípios são mandados de optimização que se caracterizam pelo facto de que podem ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida em que podem ser cumpridos depende não apenas das possibilidades jurídicas determina-se pelos princípios que se jogam em sentido contrário. Por contraposição, as regras são normas que podem ser cumpridas ou incumpridas. Se uma regra é válida, então deve ser feito exactamente como ela exige: nem mais, nem menos. Elas são, portanto, mandados definitivos. Isto significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não somente um distinção de grau. Toda norma é uma regra ou é um princípio.” In: CARLOS ARI SUNDFELD, *Direito Administrativo para céticos*. Malheiros, São Paulo, 2ª ed. 2014, p. 34.

¹⁴⁴ Sobre a projecção deste comando constitucional da eficiência ao nível da organização administrativa portuguesa, o professor FREITAS DO AMARAL refere, a propósito do princípio da desburocratização que “a Administração Pública deve ser organizada e deve funcionar em termos de eficiência e de facilitação da vida aos particulares – eficiência na forma de prosseguir os interesses públicos de carácter geral, e facilitação da vida aos particulares em tudo quanto a Administração tenha de lhes exigir ou haja de lhes prestar.” Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol.I, Reimpressão 3ª Ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 908.

De fato, o juízo de eficiência surge como parâmetro organizatório da Administração, e bem assim como vetor fundamental de toda e qualquer acção administrativa – artigo 5º do novo CPA.¹⁴⁵

Por essas considerações, verifica-se que o princípio da prossecução do interesse público é indissociável do princípio da eficiência. Se aquele constitui o fio condutor da atividade administrativa, tendente à satisfação do “bem comum”, e sempre em termos legalmente pré-fixados, este, por seu turno vem parametrizar inclusive a forma de organização da própria AP no sentido de que, a sua estrutura deve ser a que melhor atende a concretização do fim a que se propõe, qual seja, a realização do fim público de forma eficiente.

Em uma distinta posição doutrinária¹⁴⁶ que alude a uma cortante autonomia entre interesse público e eficiência, demonstra que um princípio em face do outro resulta de um dado “empírico”: a Administração pode prosseguir o interesse público, satisfazendo as necessidades coletivas e, por essa via, alcançar os objectivos legalmente pré-determinados, mas pode não conseguir o fazer com eficiência.

De resto, destaca-se que foi o próprio legislador que recortou a eficiência como um princípio jurídico distinto do princípio da prossecução do interesse público. Com efeito, do confronto ínsito entre os normativos nos artigos 4º e 5º do novo CPA – e da sua atual sistematização – resulta que ao nível da lei positiva portuguesa estamos perante princípios distintos porém amarrados e embolados na trama linear da prática administrativa: o interesse público é perseguido como fim a partir da eficiência na decisão e atuação administrativa.

A eficiência se verifica no estágio anterior ao atingimento de interesse público. Ora, é como se houvesse um túnel do *iter* do acto administrativo e todo seu percurso fosse norteado pela eficiência. Ao fundo, estaria o interesse público como farol que ilumina o caminho e mostra a direcção, e para além do túnel estaria a eficácia, os resultados e efeitos efetivamente obtidos.

De todo o exposto, reconhece-se que o princípio da eficiência é autónomo porém não independente. Sendo um vetor de Direito que informa o legislador e a Administração a agir de modo ótimo, maximizando os recursos disponíveis em cada contexto histórico para atingir um determinado resultado legalmente pré-fixado, a eficiência se configura como critério para escolha da melhor engenharia a ser construída pela AP na execução de suas competências atribuições.

O reconhecimento da “vivência” autónoma e não independente do princípio da eficiência e sua arraigada ligação com o interesse público se realça no fato de que a eficiência constitui, bem vistas as coisas, como o primeiro fundamento constitucional da privatização da AP, em qualquer de suas formas.

Efetivamente, como refere PAULO OTERO: *Definida pela constituição a eficiência como imperativo inerente ao modelo de Estado de bem-estar, aqui se incluindo*

¹⁴⁵ Na ordem jurídica brasileira, o princípio da eficiência está expressamente consagrado no art. 37º da Constituição da República Federativa do Brasil, com um dos princípios a que a AP deve observância. Também na Constituição Espanhola consta expressa alusão à eficiência administrativa, *rectius*, à eficácia conforme o art. 103º da Constitución Española 1978.

¹⁴⁶ Sobre o interesse público como princípio de direito administrativo, para além da primeira parte deste trabalho, cita-se aqui HANS J. WOLFF, OTTO BACHOF e ROLF STÖBER, *Direito Administrativo*, vol. I, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2006, p. 423-432 (tradução de António F. de Sousa): “A Administração Pública está sempre vinculada aos fins das suas funções. No Estado de direito democrático, social e ambiental, a vinculação aos fins das funções da Administração Pública significa a salvaguarda e a promoção do interesse público ou do bem comum. Trata-se aqui de um princípio estrutural, não escrito, de toda a forma de manifestação da Administração. Por isso, a actuação no interesse público faz parte dos elementos conceptuais e funcionais mais marcantes da Administração Pública”. Cfr. Ob. Cit. p. 424.

as expressas referências da sua projecção ao nível da organização administrativa e como específica incumbência do Estado quanto ao sector público, pode dizer-se, em consequência, que o princípio da eficiência surge como primeiro fundamento constitucional da privatização da Administração Pública.¹⁴⁷

Ora, sendo certo que a expressão “privatização da Administração Pública” é polissémica¹⁴⁸, um dos sentidos que correntemente lhe é apontado, de acordo, entre outros, e aqui nos faz interessante é o de PEDRO GONÇALVES sobre Privatização orgânica formal: *Além da delegação de funções públicas em particulares, outra medida de privatização orgânica consiste na criação de entidades apenas formalmente privadas. Pode tratar-se de entidades criadas por acto de exclusiva iniciativa pública (fundação ou sociedade de capitais exclusivamente públicos) ou entidades criadas por parceria público-privada (sociedade de capitais mistos, públicos e particulares, associação com associados públicos e particulares).*¹⁴⁹

Essa prática de privatizar ou então melhor dizer, (já apresentada no Capítulo II) sob o pretexto de se buscar maior eficiência e eficácia tem levado a não poucas disfunções jurídicas. Esse movimento é o que se tem chamado de “fuga do Direito Administrativo”¹⁵⁰, tanto pela aparição de uma constelação de novas entidades cuja personalidade ou o regime é de direito privado, ou então, por um crescente manejo do direito privado pela Administração.

Enfim, o princípio da eficiência aliado ao da eficácia, orientam, conformam e limitam atuação administrativa e constituem princípios exigidos e pressupostos pela própria Constituição. E só devem servir de fundamento para a privatização em um momento posterior, quando verificado que os interesses do estado foram atingidos a partir da reformulação da estrutura orgânica efetivada. De outra forma, sendo a criação da pessoa coletiva privada no âmbito da AP com exercício de poderes administrativos somente justificável a partir da eficiência de fato alcançada posteriormente.

¹⁴⁷ Cfr. PAULO OTERO, “Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública”, In: *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Studia Iuridica, n.º 60, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2001, p. 49. Para maiores desenvolvimentos sobre o princípio da eficiência e o sector público, vide, também PAULO OTERO, in *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra, 1998, p. 234-235. O autor advoga, em síntese, que existe uma regra de liberdade conformadora da forma de organização do sector empresarial do Estado, directamente resultante da “projecção em termos organizativos do princípio da eficiência do sector público”. Em sentido idêntico, relacionado a eficiência com as privatizações, escreve PEDRO GONÇALVES, in *Entidades privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 324 que “em qualquer das modalidades em que se apresenta a privatização no âmbito da execução de tarefas tem sido politicamente assumida como um expediente de modernização da Administração Pública e de implementação de métodos mais eficientes na gestão administrativa.”

¹⁴⁸ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Ed, Coimbra Editora, 2007, p. 998. “O termo privatização é hoje um termo polissémico na literatura jurídica e económica, designando um variado conjunto de políticas públicas (transferências da propriedade de empresas ou serviços públicos para entidades privadas ou concessão da respectiva gestão a entidades privadas, abertura à iniciativa privada de sectores ou serviços anteriormente explorados pelo sector público em regime de exclusivo, contratação a entidades privadas de serviços anteriormente assegurados pelos próprios serviços públicos, submissão dos serviços ou das empresas públicas a regras de gestão de natureza privada.”

¹⁴⁹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, ob.cit., p. 396.

¹⁵⁰ Cfr. MARIA JOSÉ ESTORNINHO. *A fuga para o direito privado...ob.cit.* p. 32, a expressão “Fuga para o Direito Privado” foi citada por Fritz Freiner em *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 8ª Ed, Ed. Morh, Tubingen, 1928, p. 326.

CAPÍTULO IV – Teoria e prática no caso brasileiro

Análise de caso em decisão recente de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal do Brasil

1. Considerações sobre a privatização e alteração na estrutura pública brasileira

Inicialmente, necessária uma contextualização histórica e temporal para melhor compreensão da evolução legislativa que culmina na recente decisão do STF-Supremo Tribunal Federal brasileiro na ADI- Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.923-5 em abril de 2015 analisada a seguir neste capítulo.

É a partir da década de 90 foi concretizada uma reforma de Estado, através da aplicação do Programa Nacional de Desestatização e do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado¹⁵¹, juntamente com seus institutos, suas legislações decorrentes e suas influências sobre a Administração, a fim de implantar os ideias da administração gerencial: o Estado seria apenas regulador, e não prestador de serviços públicos ou explorador de atividades econômicas.

Deu-se início não só no Brasil mas também em toda América Latina, uma reforma política resultante da pressão internacional sobre os países em desenvolvimento, conhecido com o “Consenso de Washington”¹⁵²; todavia muito contestada, afirmando-se que esta política é contra a própria Constituição de 1988, contra os próprios princípios e objetivos fundamentais desta, que propugnam um modelo econômico de bem estar social e democrático¹⁵³.

A primeira grande mudança na AP brasileira atingiu o setor público empresarial. Pelo Plano Nacional de Desestatização, instituído pela Lei n.º 9.491/97, adotou a privatização no Brasil sob a alcunha de desestatização.¹⁵⁴

¹⁵¹ Documento elaborado pelo então Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em 21/09/1995 e aprovado e publicado pela Presidência da República em novembro de 1995.

¹⁵² “Consenso de Washington” foi o nome pelo qual ficou conhecido um conjunto de medidas formulado em novembro de 1989 por economistas de instituições financeiras situadas em Washington D.C., como o FMI, o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, fundamentadas num texto do economista John Williamson, do *International Institute for Economy*, e que se tornou a política oficial do Fundo Monetário Internacional em 1990, quando passou a ser “receitado” para promover o “ajustamento macroeconômico” dos países em desenvolvimento que passavam por dificuldades. Basicamente, significa um mínimo denominador comum de recomendações de políticas econômicas que estavam sendo cogitadas pelas instituições financeiras baseadas em Washington D.C. e que deveriam ser aplicadas nos países da América Latina, tais como eram suas economias em 1989. Cfr. VALMIR PONTES FILHO, *O Estado Brasileiro, sua atuação e seu dever constitucional*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n.º 31, 2002., p.20.

¹⁵³ Para maiores estudos sobre a classificação do Estado Brasileiro como Social e Democrático a partir da Constituição de 1988, e a influência e talvez, melhor dizer, intervenção do FMI e outras instituições financeiras nas políticas administrativas estatais de países em desenvolvimento, em confrontalidade com a Constituição, ver VALMIR PONTES FILHO, *O Estado brasileiro, sua atuação e seu dever constitucional...ob. cit.*, pp. 70 e ss.

¹⁵⁴ A redação da Lei n.º 9.491/97: “Art. 1º: I- reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividade indevidamente exploradas pelo setor público; II- contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; III- permitir a retomada de investimentos na empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV- contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através de concessão de crédito; V- permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI – Contribuir para

De acordo com o artigo 2º da Lei n.º 9.491/97, poderão ser objeto de privatização: *I- empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo, II- empresas criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle direto ou indireto da União; III- serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização; VI- instituições públicas estaduais que tenham tido ações de seu capital social desapropriadas, na forma do Decreto-Lei n. 2.321 de 25/02/1987.*¹⁵⁵

No Brasil, de acordo com a conceituação de PAULO OTERO, constata-se que a privatização, chamada de desestatização, se deu pela “privatização da gestão ou exploração de tarefas administrativas” e pela “privatização do capital social de entidades empresais públicas”,¹⁵⁶ já citadas em capítulo anterior, mas não propriamente no nível português de privatização formal das próprias estruturas orgânicas estaduais.

Logo, as privatizações no Brasil dependem, em alguns casos, de lei própria para realizar o “*iter*” da privatização e da passagem do serviço público (do seu exercício) para a iniciativa privada.¹⁵⁷ Em outros casos, exige-se ações administrativas, como regulamentações, licitações, além de contratos ou atos administrativos de concessão ou permissão, ocorrendo a “privatização por típicos meios jurídicos-administrativos”¹⁵⁸, mas sempre respeitados os preceitos legais daquela norma e sua constitucionalidade¹⁵⁹ no plano concreto.

De outra forma, chamou-se publicização¹⁶⁰ o processo de repasse dos serviços públicos ao privado – denominado pelo Terceiro Setor, isto é, seria a desresponsabilização do Estado na prossecução direta do interesse público, com a invasão de normas de direito privado no âmbito do Direito Público.

O conceito de publicização pode ser entendido como a transferência da gestão de serviços e atividades para o setor público não-estatal – Terceiro Setor¹⁶¹, assegurando o

o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br>, dia 20/04/2015.

¹⁵⁵ Disponível em Brasil, Lei n.º 9.481, de 9 de setembro de 1997. <http://www.planalto.gov.br>, dia 20/04/2015.

¹⁵⁶ Cfr. PAULO OTERO, *Privatizações ...*, *ob. cit.*, p.13, Idem, “Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública”, In: *Caminhos da privatização da Administração Pública*, Stvdia Ivridica, n.º 60, BFDUC, Coimbra Editora, 2001, pp.40-41; Idem, *Legalidade ...ob.cit.*, pp.308-309; Como já foi citado neste trabalho, Pedro Gonçalves apelida esta modalidade de privatização de “privatização orgânico-material”. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, *ob.cit.*, pp. 287.

¹⁵⁷ A privatização exige a observância da licitação prévia assim como os serviços sociais privativos do Estado (transporte coletivo, energia, etc) apenas podem ser delegados para iniciativa privada por meio de contratos de concessão/permissão precedidos de licitação conforme os artigos 37 inciso XXI e 175 da CRB.

¹⁵⁸ Expressão utilizada por PAULO OTERO, *Coordenadas jurídicas...*, *ob.cit.*, pp. 45-46.

¹⁵⁹ O artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, que relaciona os objetivos fundamentais, e os artigos 170º e 174º que determinam os princípios a serem seguidos pelo Estado na ordem econômica, são considerados limites à privatização pelo Brasil, pois se baseiam na própria essência e finalidade do Estado Democrático de Direito. Cfr. MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 9º ed, Dialética, São Paulo, 2002, pp. 31-32.

¹⁶⁰ Denominação expressa já no referido Plano Diretor,

¹⁶¹ Cfr. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 26ª. ed., Malheiros, 2008, pp. 224. “Terceiro Setor é outra inventiva da criatividade dos administradores e economistas do período de apogeu do neoliberalismo entre nós. Designa entidades que não são estatais e também não são prepostas a objetivos mercantis, predispondo-se, ao menos formalmente, à realização de objetivos socialmente valiosos e economicamente desinteressados. Enquadram-se nesta categoria as Organizações Sociais, previstas na Lei n.º 9.637, de 15/05/1998”, (...) entre outras. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 35ª ed., Malheiros, 2009, p. 385, prefere chamar de Entidades paraestatais, que são “pessoas jurídicas de Direito Privado dispostas paralelamente ao Estado, ao lado do Estado, para executar cometimentos de interesse do Estado, mas não privativos do Estado” e neles se enquadram os serviços sociais

caráter público à entidade de direito privado, bem como autonomia administrativa e financeira para a realização de seus objetivos estatutários e o cumprimento de um contrato de gestão firmado.

O Estado passa de executor ou prestador direto de serviços para regulador, provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais: como educação e saúde, mas não apenas destes, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano. Como provedor desses serviços, o Estado continuará a subsidiá-los, buscando, ao mesmo tempo, o controle social direto e a participação da sociedade.

Um programa de publicização tem como objetivo permitir a publicização de atividades no setor de prestação de serviços não-exclusivos, baseado no pressuposto de que esses serviços ganharão a suposta eficiência já referida no capítulo III deste trabalho.

Segundo MARIA SYLVIA DI PIETRO, as parcerias firmadas com a concessão de qualificação de OS, são consideradas parcerias público-privadas em sentido amplo, sem formar uma nova pessoa jurídica, mas reorganizam os setores público e privado para a consecução de fins de interesse público. E essa parceria firmada pela Administração Pública com a iniciativa privada também no contexto da publicização são consideradas “privatização em sentido amplo.”

2. Edição da Lei n.º 9.637/98

Na mesma perspectiva dos processos de privatização utilizados no Brasil (compreendidos em sentido amplo) durante os fins da década de 90¹⁶², o Estado brasileiro cria uma qualificação chamada “Organizações Sociais” concedido pelo Poder Público, com base na Lei Federal n.º 9.637/98¹⁶³, às associações (pessoas jurídicas de direito privado) e às fundações de interesse público¹⁶⁴, que prestam serviços não-exclusivos do Estados,

autônomos, já existentes há muito tempo, e as organizações sociais, figura jurídica criada pela Lei. 9.637, de 15/05/1998.

¹⁶² Entre outros autores, LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, critica a adoção do modelo de Estado Mínimo também seguido no Brasil pelo governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso que editou a Lei Federal das OS n.º 9.637/98, citando como exemplo a extinção de órgãos e entidades públicas com a substituição por organizações sociais. Afirmar a professora que : “Enfim, veremos a destruição feita no Estado e as normas formas criadas para o cidadão-cliente até que ponto se mantêm, ou até que ponto se desmoralizam completamente, como, diga-se de passagem, além dos inúmeros problemas jurídicos ocasionados, sem sombra de dúvida, que a tão decantada eficiência ainda não foi visualizada.” Em LUCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, 6ª Ed., Malheiros, São Paulo, 2003, p. 156.

¹⁶³ Disponível em <http://www.planalto.gov.br> dia 20/04/2015.

¹⁶⁴ A conceituação de fundação pública no direito brasileiro vem do disposto no art. 5º, IV do Decreto-Lei nº 200/67, com redação dada pela Lei nº 7.596/87: “Fundação pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”

Logo, as fundações públicas devem se destinar às atividades de assistência social, assistência médica e hospitalar, educação e ensino, pesquisa e atividades culturais, todas de relevo coletivo o que justifica a vinculação de bens e recursos públicos para sua realização – e por são chamadas de Fundação de interesse público. Nesse sentido, ensina MARIA SYLVIA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 14ª ed., Atlas, São Paulo, 2002, p. 405:” todas elas são entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, pois todas elas são instrumentos de ação do Estado para a consecução de seus fins; todas elas submetem-se ao controle estatal para que a vontade do ente público que as instituiu seja cumprida; nenhuma delas se desliga da vontade do Estado, para ganhar vida inteiramente própria; todas elas gozam de autonomia parcial, nos termos outorgados pela respectiva lei instituidora.” A CRB em 1988 manteve o entendimento da Lei nº 7.596/87 que determinou que as fundações públicas fazem parte da Administração Indireta (art. 37, XIX). Essa norma representou uma tendência publicizadora do instituto, proveniente de evoluções doutrinárias e

chamados serviços sociais¹⁶⁵: como educação, saúde, previdência social, cultural entre outros, sendo este talvez o maior exemplo de publicização na legislação brasileira.¹⁶⁶

A outorga dos títulos jurídicos chamados “Organização Social” a entidades privadas – que a princípio não fazem parte do aparelho estatal¹⁶⁷, sendo pessoas jurídicas privadas¹⁶⁸, qualificando-as como Terceiro Setor, o que lhes propicia o recebimento de benesses públicas, a pretexto da atividade estatal perseguida.

3. A disciplina da Lei n.º 9.637/98

A Lei n.º 9.637/98 dispõe que o Poder Executivo Federal poderá conceder a qualificação às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, que atuem na área do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde.

também jurisprudenciais. Com a Emenda Constitucional nº 19/98 a redação original do inciso XIX foi modificada a distinção originalmente feita pela CRB entre fundações públicas e privadas foi mitigada, não se mencionando mais a expressão fundação pública. A omissão da palavra pública veio a autorizar a criação de fundações públicas ou privadas pelo Poder Público. A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados. O STF admite e continua admitindo, a possibilidade de instituição de fundações pelo Poder Público com regime jurídico público ou privado, conforme julgamento do Recurso Extraordinário nº 101.126/84 disponível em <http://www.stf.jus.br>.

O entendimento tido como predominante é o de que o ente público instituidor pode atribuir à fundação personalidade de direito público ou de direito privado (MARIA SYLVIA DI PIETRO, *Direito Administrativo...ob.cit.*, p. 404), há ainda a posição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO, (*Curso de Direito Administrativo...ob.cit.*) que adota a tese de que todas as fundações públicas são pessoas jurídicas de direito público, e, por fim, o entendimento de HELY LOPES MEIRELES (*Direito Administrativo Brasileiro...ob.cit.*, p.359) e MARÇAL JUSTEN FILHO (*Curso de Direito Administrativo*, 7ª Ed, Editora Forum, São Paulo, 2011, p. 530), de que todas as fundações são de Direito Privado, independentemente de serem instituídas pela Administração Direta.

¹⁶⁵ Cfr. conceituação do doutrinador brasileiro CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO: “os serviços sociais também são chamados de não-privativos ou não-exclusivos. São os serviços que o Estado deve desempenhar sob regime de Direito público, sem impedir que a livre iniciativa também os exerça, independentemente de concessão ou permissão, pois o Estado não detém titularidade exclusiva, como saúde, educação, assistência social e radiodifusão”. Em *Curso de direito administrativo*, 26ª ed., Malheiros, 2008, p. 644. E CARLOS ARI SUNDFELD acentua que “ a prestação dos serviços sociais é dever inafastável do Estado e a Constituição obriga que ele execute, por mais que os reserve apenas ao Estado.” Em: *Fundamentos de direito público*. 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 2002, p. 83-84.

¹⁶⁶ A princípio não encontrei na doutrina brasileira a denominação desse procedimento de qualificação por contrato no direito brasileiro como privatização formal ou de gestão, conforme classificação portuguesa. Contudo, os seus contornos, nomeadamente no que concerne a imputação de um regime de direito privado misto com o público aplicável às entidades qualificadas se assemelha em seus termos a um processo de privatização formal. No Brasil, as entidades que recebem a qualificação são denominadas “Terceiro Setor”, organizações não governamentais, setor público não-estatal, ou ainda as Organizações da Sociedade Civil. Observe que os serviços públicos sociais por elas exercidos devem obrigatoriamente ser exercido pelo Estado sob o regime de Direito Público, a regra é a atuação direta pelo Estado nas áreas sociais. Não podem ser confundidos com serviços públicos de titularidade do Estado e prestados diretamente pelo Poder Público ou mediante contratos de concessão ou permissão. Cfr. TARSO CABRAL VIOLIN, *A terceirização ou concessão de serviços sociais: a privatização de creches municipais*, 2ª.Ed., Editora Fórum, 2010, p. 25.

¹⁶⁷ A exceção da divergência doutrinária sobre o enquadramento das Fundações no direito brasileiro referidas na nota 133.

¹⁶⁸ A Lei n.º 9.637/98 foi editada no âmbito federal e de acordo com o preâmbulo cria a qualificação “Organização Social”, que poderá ser concedida pelo Poder Executivo Federal às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que atuem na área de ensino, pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde.

A qualificação de OS é concedida de acordo como artigo 5º por um contrato de gestão¹⁶⁹. Ocorre que a autoridade competente, conforme o artigo 2º inciso II da referida Lei, decidirá de forma discricionária se qualificará ou não a entidade como Organização Social, mesmo que atendimento todos os requisitos legais.

De acordo com MARIA SYLVIA DI PIETRO, em uma primeira crítica, entende que para que *as organizações sociais se enquadrem nos princípios constitucionais seria necessário, no mínimo a exigência de licitação para a escolha da entidade, comprovação de que a entidade é constituída validamente, demonstração de qualificação técnica e financeira para administrar o patrimônio público, submissão aos princípios da licitação, imposição de limitações salariais e prestação de garantia como exigida nos contratos administrativos*.¹⁷⁰

Isto porque, o regime jurídico às OS estabelecido pela Lei n.º 9.637/98 prevê benefícios de natureza pública para que estas entidades qualificadas como OS sem a realização de qualquer tipo de procedimento de escolha (posto que a qualificação é dada a título discricionário) para que realizem o interesse público mediante o repasse de recursos orçamentários e bens públicos mediante permissão de uso e dispensada a realização de licitação, conforme o artigo 11 parágrafo 3º da Lei,

Além do repasse de recursos orçamentário e bens públicos, prevê a Lei n.º 9.637/98 que o o Poder Executivo pode ceder servidores à essas entidades OS com ônus e custos para os cofres públicos.

Outra benesse seria a possibilidade de contratação para prestação de serviços das organizações sociais pelo respectiva esfera de governo, sem a realização de licitação prévia, nos termos do artigo 24 inciso XXIV da Lei n.º 8.666/93. Isto é, a OS, pessoa jurídica privada, pode ser contratada por um ente estatal para prossecução do serviço público, receber recursos públicos e isso sem realização de licitação prévia.

No ponto de vista de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, a Lei das Organizações Sociais apresenta várias inconstitucionalidades como: *a) desnecessidade de demonstração de habilitação técnica ou econômico-financeira, de uma entidade que receberá bens públicos, recursos orçamentários, servidores custeados pelo Estado, o que é uma postergação do princípio constitucional da isonomia (artigo 5º da CRB) e da licitação (artigo 37 inciso XXI da CRB). b) o legislador não é livre para arredar o dever de licitar sempre que apraza sendo inconstitucional o artigo 24, inciso XXIV da Lei n.º 8.666/93. c) mesmo que fosse possível a concessão ou permissão destes serviços públicos seria necessária a licitação, nos termos do art. 175 da CRB. d) a saúde e a educação são “deveres do Estado”, circunstâncias que o impedem de se despedir dos correspondentes encargos de prestação pelo processo de transpassá-los a organizações sociais, e não pode o Estado eximir-se de desempenhá-los diretamente, sendo vedado esquivar-se deles.*

¹⁶⁹ A natureza do “contrato de gestão” citado na referida lei tem sua natureza jurídica controversa no direito brasileiro. A melhor explicação é dada por MARIA SYLVIA ZANELA DI PIETRO, *Parceria na Administração - Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*, 8ª Ed. Atlas, São Paulo, 2011, pp. 192-193. Para a professora, o contrato de gestão tem natureza de convênio, espécie de contrato administrativo previsto constitucionalmente em que os partícipes possuem as mesmas pretensões, interesses comuns, e qualquer um deles pode se retirar quando desejar, sem penalidades e não há cláusula de permanência obrigatória. E se firmado com a iniciativa privada, como no caso, ele visa apenas incentivar o privado que queira desempenhar a atividade que traz algum benefício para toda coletividade, numa atuação subsidiária do Estado (via auxílios financeiros, subvenções, financiamentos, favores fiscais, expropriação por interesse social em favor de entidades privadas sem fins lucrativos. A autora ainda deixa claro que não se presta à delegação de serviço público ao privado. No mesmo sentido JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, 13ª Ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, pp. 280-281.

¹⁷⁰ Cfr. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Parcerias...*, *ob.cit.*, pp.215-216.

*Assim, as organizações sociais só poderia existir complementarmente, ou seja, sem que o Estado demita de encargos que a Constituição lhe irrogou. e) não podem receber bens públicos, dotações orçamentárias e servidores públicos, a custa do erário, sem um processo regular em que se assegure igualdade a quaisquer interessados em obter tais benesses pois a ser de outro modo, a qualificação como organização social seria um gesto de “graça”, uma outorga imperial resultante tão-só do soberano desejo dos outorgantes. f) não podem os servidores públicos serem obrigados a trabalhar nas organizações sociais pois o Estado não pode ser provedor de pessoal a entidades privadas.*¹⁷¹

4. Análise prática da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.923-5 julgada pelo STF brasileiro

Nos termos das inconstitucionalidades acima citadas, em 1º de dezembro de 1998 foi apresentada perante o STF – Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923-5¹⁷², proposta pelo PT – Partido dos Trabalhadores e pelo PDT – Partido Democrático Trabalhista contra a Lei 9.637/98.

Nove anos depois, em 2007, não foi concedida a liminar por decurso do tempo¹⁷³. Entretanto, o então Ministro¹⁷⁴ do STF Dr. Eros Grau deixou claro em seu voto a opinião pela inconstitucionalidade das OS, julgando que: *a) a Lei das OS instrumenta a redução do tamanho do Estado, na redefinição do seu papel e o legislador teria sido inspirado por uma vontade de reformar o Estado o que é incompatível com a Constituição do Brasil segundo os artigos 1º, 3º e 170 da CRB; b) é inconstitucional prever a destinação de recursos públicos e cessão de bens e servidores públicos à OS sem licitação, que fere o artigo 37 inciso XXI da Constituição e o princípio da isonomia (artigo 5º), c) para o Ministro, quando a lei trata de parcerias e publicização está tratando claramente de privatização de dever-poder do Estado. E questiona se o termo publicização foi utilizado com sarcasmo é que é na verdade privatização do Estado, e de suas funções não se pode demitir o Estado sem agressão à Constituição (artigos 1º, 3º, 215, 218 e 225).*¹⁷⁵

¹⁷¹ Cfr. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito...ob.cit.*, pp.223-226.

¹⁷² Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1739668>.

¹⁷³ Decisão em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1739668>.: O Tribunal, por maioria de votos, indeferiu a cautelar, vencidos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que deferia a cautelar para suspender a eficácia dos artigos 5º, 11 a 15 e 20 da Lei nº 9.637/98, e do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 9.648/98; o Senhor Ministro Marco Aurélio, que também deferia a cautelar para suspender os efeitos dos artigos 1º, 5º, 11 a 15, 17 e 20 da Lei nº 9.637/98, bem como do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, na redação do artigo 1º da Lei nº 9.648/98; e o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que deferia a cautelar somente com relação ao inciso XXIV do artigo 24 da Lei 8.666/93, na redação do artigo 1º da Lei nº 9.648/98. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Reformulou o voto proferido anteriormente o Senhor Ministro Eros Grau, que lavrará o acórdão. Com relação ao artigo 1º da Lei nº 9.637/98, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira acompanhavam o Relator somente em relação à prestação dos serviços de saúde. Os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes não votaram relativamente ao artigo 1º da Lei nº 9.637/98 por sucederem aos Senhores Ministros Moreira Alves e Néri da Silveira que já haviam votado quanto a esse artigo. Não participaram do julgamento a Senhora Ministra Cármen Lúcia e o Senhor Ministro Carlos Britto por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Nelson Jobim e Ilmar Galvão (Relator). Plenário, 01.08.2007.

¹⁷⁴ Os Juízes do STF no Brasil são denominados e equiparados a Ministros de Estado no âmbito do Poder Judiciário.

¹⁷⁵ Redação do voto disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1739668>

No mérito da ADI, em 2007, a Advocacia Geral da União defendeu a constitucionalidade da Lei n.º 9.637/98. E o Ministério Público Federal arguiu, em 2009, pela inconstitucionalidade, com pedido de procedência do pedido.

Em 2011, o Ministro Relator Dr. Carlos Ayres Britto, disse em seu voto que quando: *órgãos e entidades públicos são extintos ou desativados e repassados todos os seus bens à gestão das organizações sociais, assim como servidores e recursos orçamentários são igualmente repassados a tais aparelhos ou instituições do setor privado. É fácil notar, então, que se trata mesmo de um programa de privatização, cuja inconstitucionalidade, para mim, é manifesta.*¹⁷⁶

E continua o então Ministro Relator: *o que esta Lei n.º 9.637/98 faz é estabelecer um mecanismo pelo qual o Estado pode transferir para a iniciativa privada toda a prestação de serviços públicos, como saúde, educação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia. A iniciativa privada a substituir o Poder Público, e não simplesmente a complementar a performance estatal. É dizer, o Estado a, globalmente, terceirizar funções que lhe são típicas. O que me parece juridicamente aberrante, pois não se pode forçar o Estado a desaprender o fazimento daquilo que é da sua própria composição operacional: a prossecução do interesse público através da prestação dos serviços.*

O Ministro Relator entende que o problema não é repassar verbas públicas para particulares, nem utilizar do regime privado de compras e contratações. Para ele o problema é que o Estado *“ficou autorizado a abdicar da prestação de serviços de que, constitucionalmente, não pode se demitir”*. E diz expressamente que não podem as OS absorver atividades desenvolvidas pelo Estado: *“A se ter como válida a mencionada “absorção”, nada impediria que, num curto espaço de tempo, deixássemos de ter estabelecimentos oficiais de ensino, serviços públicos de saúde, etc.”* Deixa claro que *“logo o Estado passaria a exercer, nos serviços públicos, o mesmo papel que desempenha na atividade econômica: o de agente indutor, fiscalizador e regulador, em frontal descompasso com a vontade objetiva da CRB”*.¹⁷⁷

Em 2010, o Ministro Dias Toffoli declarou-se impedido pois atuou no processo como representante da Advocacia Geral União.

Logo, também em 2011, o Ministro Luiz Fux votou pela possibilidade de delegação via qualificação de OS, de atividades estatais de prossecução direta do interesse público, pois segundo ele as OS assumem uma estrutura pública conforme o regime legal, e isso seria apenas formento. Para ele, a lei é quase integralmente constitucional, com exceção de entender que, nos casos de qualificação por celebração do contrato de gestão, dispensa de licitação e gasto do recursos públicos recebidos, deve se realizar uma interpretação conforme a CRB e realizar procedimentos prévios de forma objetiva, pública e impessoal.¹⁷⁸

Em 2015, o Ministro Marco Aurélio de Mello também julgou parcialmente procedente o pedido formulado para declarar: a) a inconstitucionalidade dos artigos 1º; 2º, inciso II; 4º, incisos V, VII, VIII; 5º; 6º, cabeça e parágrafo único; 7º, inciso II; 11 a 15; 17; 20 e 22 da Lei nº 9.637/98; b) a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.648/98, na parte em que inseriu o inciso XXIV ao artigo 24 da Lei nº 8.666/93; c) a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos artigos 4º, inciso X, 9º e 10, *caput*, da Lei nº 9.637/98, de modo a afastar toda e qualquer interpretação no sentido de que os órgãos de controle interno e externo - em especial, o Ministério Público e o Tribunal de Contas -

¹⁷⁶ Link também disponível em: Disponível em :

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1739668>

¹⁷⁷ Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1739668>

¹⁷⁸ Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1739668>

estejam impedidos de exercer a fiscalização da entidade de forma independente das instâncias de controle previstas na mencionada lei.

E finalmente, em julgamento marcado em Sessão Plenária em 16 de abril de 2015, os Ministros julgaram, ao contrário do que se previa até então, pela constitucionalidade da Lei n.º 9.637/98, dando a ela apenas uma interpretação conforme a Constituição, nos seguintes termos:

“O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei n.º 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei n.º 8.666/93, incluído pela Lei n.º 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei n.º 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei n.º 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei n.º 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencidos, em parte, o Ministro Ayres Britto (Relator) e, julgando procedente o pedido em maior extensão, os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Não votou o Ministro Roberto Barroso por suceder ao Ministro Ayres Britto. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 16.04.2015.”

Em síntese, o que esta decisão fez foi afirmar a possibilidade do Estado qualificar entidades privadas como OS de forma discricionária, em ofensa ao princípio da legalidade-artigo 5º da CRB, receberem recursos orçamentários públicos, terem servidores públicos ao seu dispor e ainda cessão de bens públicos sem licitação prévia para que ao fim, haja a possibilidade de que as entidades estatais que prestam serviços sociais não-exclusivos possam ser privatizadas dando lugar as organizações sociais privadas.

5. Comentários sobre o julgamento proferido em Abril de 2015 e possível repercussão na Administração Pública brasileira

A primeira questão que aqui se coloca tem relação com as consequências que o papel fomentador do Estado¹⁷⁹ através de concessão desse título de OS e, logicamente, do estabelecimento de um regramento legal misto público-privado¹⁸⁰. De acordo com MARIA SYLVIA DI PIETRO, *a extinção de órgãos e entidades estatais e a paulatina diminuição da prestação de serviços sociais pelo Estado, apenas com o incentivo da iniciativa privada por meio das parcerias como esta (através da concessão do título de OS), em muitos casos, poderá esbarrar em óbices constitucionais, já que é a Constituição que prevê os serviços sociais como dever do Estado e, portanto, como serviço público.*¹⁸¹

Sobre os ditos serviços sociais, analisemos que a Constituição brasileira prevê como interesse público que a saúde é um dever do Estado e sua execução deve ser feita pela AP e pela sociedade.¹⁸² Apesar de a saúde ser livre à iniciativa privada, que participa de forma complementar ao Sistema Único de Saúde, fica claro que o Estado deve ser responsável por executar diretamente os serviços, sendo possível, sem necessidade que entidades privadas ou do “ Terceiro Setor” prestem os serviços. A Constituição obriga que o Estado preste os serviços de saúde, pela Administração Pública direta ou por suas entidades da Administração Pública indireta.¹⁸³

No tocante à educação, ela também é tida como um dever do Estado e da família e será promovida com a colaboração da sociedade, sendo livre à iniciativa privada, fiscalizada e autorizada pelo Poder Público.¹⁸⁴

No caso da educação, a CRB é ainda mais incisiva em definir que serão o Estado e a família os principais atores na execução de políticas, e a sociedade colaboradora. E essa colaboração não é transformar as entidades privadas do Terceiro Setor como principais atores ou mesmo como responsáveis na prestação de serviços educacionais.

Quando a CRB salienta que o Estado deve prestar diretamente os serviços de educação, quer dizer que a preferência constitucional pelo ensino público importa que o Estado organize os sistemas de ensino sob um regime publicístico de modo a cumprir o respectivo dever de educação, mediante prestações estatais.¹⁸⁵

¹⁷⁹ Cfr. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, no Estado Social e Democrático de Direito, há o aumento das atribuições do Estado, com o Poder Público assumindo algumas atribuições com os serviços públicos sociais, criação de entidades para essa prestação; e algumas atividades antes deixadas à iniciativa privada de interesse público, limitando-se o Estado ao papel de fomentá-las, por considerá-las de interesse da coletividade, por meio de títulos/qualificações. Logo, umas das funções do Estado é fomentar a iniciativa privada, mas apenas em atividades consideradas de interesse público. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública...ob.cit.*, pp.25-26.

¹⁸⁰ A atividade de fomento pelo Estado é uma das diversas funções que o Estado de acordo com o Governo desenvolve a partir de sua estrutura organizativa e de acordo com a lei. O fomento se dá por meio da concessão de a) honoríficos (prêmios, títulos); b) econômicos reais (uso de bens da Administração); c) econômicos financeiros diretos (desembolso de dinheiro por meio de auxílios, subvenções e contribuições, convênios, contratos de gestão, termos de parcerias); d) econômicos financeiros indiretos (imunidades e isenções tributárias). E estes meios são prescritos na Lei n.º 9.637/98 que estabelece deste modo um regime jurídico de subvenções públicas conjuntamente com normas de gestão do direito privado. Cfr. GERMAN FERNANDÉZ FARRERES, *Sistemas...ob.cit.*, pp. 45-46.

¹⁸¹ Cfr. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública...ob.cit.*, pp.264 e 269.

¹⁸² Artigos 196 a 199 da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁸³ Cfr. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública...,ob.cit.*, p. 245.

¹⁸⁴ Artigos 205 a 213 da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁸⁵ Cfr. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Parcerias na Administração..., ob. cit.*, p. 245.

A previdência social¹⁸⁶ também será de responsabilidade do Estado, cabendo a coordenação e edição de normas gerais sobre a assistência social, sendo as esferas estaduais e municipais do Estado responsáveis pela execução dos programas¹⁸⁷, que também poderá ser efetivado pelas entidades sem fins lucrativos de interesse público¹⁸⁸.

No mesmo sentido, o estado deve garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e promoverá o patrimônio cultural brasileiro, com a colaboração da comunidade.¹⁸⁹ Também verificamos neste caso o papel de colaborador das sociedade civil e entidades privadas, sendo o principal ator o Estado.

Entretanto, em sentido contrário aos enunciados constitucionais, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado¹⁹⁰, previa o repasse dos serviços sociais, isto é, da prossecução do interesse público definido constitucionalmente, para o chamado setor público não estatal, o chamado Terceiro Setor. Isto é, as autarquias e fundações autárquicas¹⁹¹ seriam extintas e suas atividades seriam realizadas pelas Organizações Sociais – OS.

O Estado passa a ser apenas regulador, e não prestador dos serviços públicos.¹⁹²

Extinguir uma entidade estatal e proporcionar que uma entidade privada qualificada como OS regida sob um regime misto público-privado, exerça as atividades antes exercidas diretamente pelo Estado nada mais é do que uma privatização em sentido amplo, como ensina MARIA SYLVIA DI PIETRO.¹⁹³ Assim, no direito brasileiro, não se trata de uma privatização em sentido estrito, ou seja, transferência de domínio do Estado para entes privados de origem civil ou estadual, mas uma privatização em sentido amplo.

Com efeito, a outorga do título jurídico de OS de acordo com a Lei n.º 9.637/1998, a entidades do então Terceiro Setor, propicia o estabelecimento de um regime jurídico diferenciado do regime das pessoas jurídicas públicas que deveriam prosseguir o interesse público, colocando a AP numa situação de subordinação em relação aos particulares¹⁹⁴¹⁹⁵.

Entende a MARIA SYLVIA DI PIETRO *que fica muito nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fugir do regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública*¹⁹⁶. E no mesmo sentido LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, que verifica que: *com as organizações sociais pretende-se que o Estado se demita de suas funções essenciais, traspassando-as para pessoas privadas, com extinção da sua própria estrutura pela “publicização” e atuação com recursos do Estado, o que*

¹⁸⁶ Em Portugal, Segurança Social.

¹⁸⁷ Artigo 204 da CRB.

¹⁸⁸ A iniciativa privada pode complementar/suplementar os serviços sociais, de forma subsidiária (arts. 193 e seguintes da CRB); ao contrário das atividades econômicas, cuja iniciativa priva tem o papel principal na execução, segundo a Constituição (artigo 173 da CRB).

¹⁸⁹ Artigos 215-216 da CRB. Pormenorizado, a CRB ainda trata do desporto (art. 217), desenvolvimento científico e tecnológico (art. 218), comunicação social (art. 223), meio ambiente (art. 225), criança e adolescente (art. 227), idosos (art. 230).

¹⁹⁰ Documento elaborado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, aprovado pela Câmara de Reforma do Estado em 21 de Setembro de 1995 e publicado pela Presidência da República em novembro de 1995.

¹⁹¹ No Brasil são pessoas jurídicas de direito público e integram a Administração Pública indireta do Estado. Decreto-Lei n.º 201/67.

¹⁹² O referido Plano Diretor chama a esta política de “publicização”.

¹⁹³ Cfr. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Parcerias...*, ob.cit., pp.50.

¹⁹⁴ Este título não se confunde com o de Utilidade Pública concedido a entidades sem fins lucrativos de bem comum (Lei n.º 91/35) e o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (Lei n.º 8.742/93).

¹⁹⁵ Cfr. EGON BOKMANN MOREIRA, *Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus “vínculos contratuais” com o Estado – Estudos sobre Direito Econômico*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2004, p. 266.

¹⁹⁶ Cfr. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Parcerias...*, ob.cit., pp.215

*deveria ter sido declarado inconstitucional, pois saúde e educação são deveres do Estado, que não pode se demitir de suas funções, atribuindo-as a terceiros.*¹⁹⁷

O diagrama abaixo mostrado foi elaborado pelo MARE – Ministério da Administração e Reforma do Estado, para demonstrar como seria o processo de publicização por meio dos contratos de gestão com as organizações sociais, no qual se constata que seriam extintas as entidades do próprio Estado para dar lugar a prossecução do interesse público pelas entidades privadas através de subsídios públicos.¹⁹⁸



Para VIOLIN¹⁹⁹, como recentemente o STF entendeu que a Lei 9.637/98 é constitucional, na ADI 1923, o STF ratificou a extinção de pessoas jurídicas públicas de direito pública como as universidades federais, escolas, museus, hospitais, unidades de saúde e centros de pesquisa, e o repasse de suas atividades para organizações sociais, entidades privadas através de celebração de contrato de gestão em que se concede subvenções públicas, colocando em causa a própria estrutura organizatória do Estado e a prossecução do interesse.

¹⁹⁷ Cfr. LUCIA VALLE FIGUEIREDO, Curso de Direito Administrativo...ob.cit, pp. 156.

¹⁹⁸ O diagrama foi divulgado em um caderno oficial chamado "Organizações Sociais" (Secretaria da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997, Cadernos MARE da reforma do estado, v. 2, p. 18).

¹⁹⁹ TARSO CABRAL VIOLIN, "A inconstitucionalidade parcial das Organizações Sociais- OSs." In: *Estado, Direito e Políticas Públicas, homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*, Ithala, Curitiba, 2014, pp. 165-197.

CONCLUSÃO

O interesse público é uma criação da lei, que impõe a prevalência do interesse público sobre o interesse privado, devendo ser o princípio da legalidade aplicado com regularidade jurídica e conformidade com o Direito.

O interesse público impõe a AP a obrigatoriedade de sua prossecução inclusive com a utilização do meio mais adequado para efeito. As estruturas organizativas que dependendo do Governo, desenvolvem diversas funções e atividades de acordo com a lei.

Entretanto, o que se observa é a continua deteriorização da pessoa coletiva pública dentro das estruturas organizatórias do Estado, em privilégio das pessoas coletivas privadas ou coletivas públicas de direito privado, ou ainda, da utilização crescente e continua do regime jurídico privado para prossecução do interesse público.

O abuso do uso das formas privatísticas coloca em causa não só a atividade prestacional do Estado Social de Direito, que visa assegurar ao cidadão a satisfação de interesses e necessidades públicas, bem como a proteção dos direitos fundamentais e individuais, e também, a própria noção de Estado como forma orgânica pública estruturada a serviço do bem comum.

O regresso às ideias do Estado Liberal pelo Estado Regulador Mínimo inverte o seu papel de ator principal de provedor dos serviços públicos, e dentro do movimento de privatização orgânica formal cria dentro de suas estruturas as pessoas colectivas privadas ou ainda regidas por um estatuto privatístico de normas de carácter dúplice a fim de atingir o interesse público.

Logo, verificou-se os limites dessa escolha por parte do Governo e Executivo de reestruturar a Administração Pública ferem a Legalidade nas suas faces de primado e precedência da lei, e na Constituição Portuguesa constam os limites dessa “livre escolha” entre pessoas coletivas públicas ou privadas (ainda sobre o regime jurídico a elas aplicável, especialmente quando se trata de pessoas colectivas públicas de direito privado).

Também temos como limites à engenharia o princípio da eficiência (em outra perspectiva como princípio da boa administração), que muitas vezes se apresenta como elemento causal e justificador da desvalorização da pessoa pública, entretanto, como só podem ser aferidos “a posteriori” numa atividade, contraditoriamente, não-matemática de “custos e benefícios”. Desta forma, melhor seria tê-lo como limitador ou balizador das alterações estruturais do Estado.

Por fim, o caso teórico-prático da Jurisprudência recente brasileira que mostra claramente, a partir dos movimentos de privatização e em seguida de publicização, que a legislação atual brasileira permite a criação de pessoas jurídicas privadas que recebem parcela do orçamento estatal, bens públicos e outras benesses para exercerem importante atividade social do ponto de vista do desenvolvimento dos direitos fundamentais e concretização dos interesses públicos definidos na Constituição (que se quer Social). Por outro lado, não se sabe bem o regime jurídico – se público ou privado.

Apesar da decisão final em Plenário do STF ter sido pela constitucionalidade da lei, destaca-se que as alterações pretendidas pela Lei n. 9.637/98 colocam em causa o interesse público delimitado na CRB e privilegiam o contrato em detrimento do ato administrativo, especialmente como forma de controle deste vértice estatal que não é Estado.

BIBLIOGRAFIA

AMORIM, João Pacheco. *Direito Administrativo da Economia*. Vol. I (Introdução e Constituição Económica), Almedina, Coimbra, 2014.

ARQUER, José Manuel Sala. “Las concesiones de servicio publico en un contexto liberalizado”. In: *Direito e Justiça – IV Colóquio Luso-Español de Direito Administrativo*. Universidade Católica – Faculdade de Direito.

ARTECHE, José Manuel. *La actual coyuntura de la Administración prestadora de Servicios Públicos*. In: FRANCISCO SOUSA WAGNER. (Coord). *El Derecho Administrativo del siglo XXI*. Homenage al Professor D. Ramón Martín Mateo. Tirant do Blanch, Valencia.

BENTO, Leonardo Valle. “Para além do Consenso de Washington: impactos sociais e imperativos de eficiência e democratização”. In: *Os novos conceitos do novo Direito Internacional: cidadania, democracia e direitos humanos*”, Danielle Annoni (org.), Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

BOBBIO, Norberto. “Interesse Público”. In: *Dicionário de Política*, 8ª Ed., Vol. II, Editora UNB, Brasília, 1995.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, *Introdução, Organização Administrativa, Actos e Contratos Administrativos*, 10ª Ed., 2ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também”. In: *Estudos em homenagem ao prof. Rogério Soares*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de coimbra, *Stvdia Iuridica* 61, Ad Honorem – 1; Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes/ MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Ed, Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 13ª Ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Globalização e crise constitucional*. Revista de Direito Administrativo, vol. 211. Renovar, Rio de Janeiro, 1998.

CAUPERS, João. *Introdução à Ciência da Administração Pública*. Ancora Editora. 2009.

- *Sobre o estado do Estado*, in: AB VNO AD OMNES: 75 anos da Coimbra Editora”, org. Antunes Varela, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda e JJ. Gomes Canotilho, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

- “As fundações e as Associações Públicas de Direito Privado”, in *Os caminhos da privatização da Administração Pública*, Studia Iuridica 60, BFDUC, Coimbra Editora, 2001.

COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. *A Teoria do Acto e Justiça Administrativa - O novo Contrato Natural*. Almedina, Coimbra, 2006.

- *O Direito Administrativo e a sua Justiça no início do Século XXI*. Almedina, Coimbra, 2001.

- *Para um Direito Administrativo de Garantia do Cidadão e da Administração – Tradição e Reforma*, Almedina, Coimbra, 2000.

- *Direito Administrativo sem Estado, Crise ou Fim de um Paradigma?*, Almedina, Coimbra, 2008.

- *A circulação da consciência dogmática no Direito Administrativo*. In: Revista da Faculdade de Direito do Porto, 2008.

- *A Ciência Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2012.

- “Constituição, Administração e Interesse Público”. O Entorno ao Momento Originante ou o Estado contra a Administração. In: *Evolução constitucional e perspectivas futuras nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001.

- “Interesse público, proporcionalidade e mérito – relevância e autonomia processual do princípio da proporcionalidade.” In: *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, Vol. II- Separata, Coimbra, 2002.

EHRHARDT, Rogério Soares. *Direito Administrativo*. Coimbra, Coimbra, 1978.

- “Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva” in BFDC, Vol. LVII, Coimbra, 1981.

ESTORNINHO, Maria José. *Requiem pelo Contrato Administrativo – Dissertação de mestrado em ciências jurídico-políticas*. Almedina, Coimbra, 1990.

- *A fuga para o Direito Privado: contributo para e o estudo das actividades de direito privado da Administração Pública..* Colaço Teses, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999.

FARINHO, Domingos Soares. *Fundações e Interesse Público - Direito Administrativo Fundacional – Enquadramento dogmático*, Almedina, Coimbra, 2014.

FERNANDÉZ FARRERES, Germán. *La Administración Pública y la reglas de la “externalización”*, In: Revista Justicia Administrativa. Lex Nora, núm. 33, 2006.

- *Sistema de Derecho Administrativo*, Civitas Thompson Reuters, Madrid, 2013

FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo/ OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 2ª.Ed., Almedina, Coimbra 2010.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª Ed., Malheiros, São Paulo, 2003.

FONSECA, ISABEL CELESTE M. *Direito da Organização Administrativa*. Roteiro Prático, Almedina, 2011.

FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, reimpressão da 3ª ed., Almedina, Lisboa, 2010.

- *Curso de Direito Administrativo*, vol. II. Almedina, Coimbra, 2012

- Discurso proferido na sessão de encerramento do IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo. Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. Coimbra, Coimbra. 2001.

GARCÍA PELAYO, M. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Alianza Universidad, Madrid, 1997.

GARCIA, M. d. “As Transformações do Direito Administrativo na utilização do Direito Privado pela Administração Pública – Reflexões sobre o lugar do Direito no Estado.” In: Os Caminhos da Privatização da Administração Pública . Coimbra, Coimbra. 2001.

GONÇALVES, Pedro. *O Contrato Administrativo*. Almedina, 2003.

- *Entidades Privadas com Poderes Públicos - O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Reimpressão da edição de Outubro/2005, Almedina, 2008.

IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. *El Derecho Administrativo Privado*, Madrid, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 9º ed, Dialética, São Paulo, 2002.

- *Curso de Direito Administrativo*, 7ª Ed, Editora Forum, São Paulo, 2011.

MACHETE, Rui Chacerelle. *Estudos de Direito Público*. Coimbra, 2004.

- *Considerações sobre a dogmática administrativa no moderno Estado Social*. In: Boletim da Ordem dos Advogados, 2.ª série, Lisboa: Ordems dos Advogados Portugueses, 1986.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. “Sentidos y Formas de la Privatización de la Administración Pública.” In: Os caminhos da privatização da Administração Pública. Coimbra, 2001.

- *El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*. Civitas, Madrid, 1996.

- *Instituciones de Derecho Administrativo*. Thomson/Civitas, Madrid, 2007.

- *Reflexiones sobre la “huida” del Derecho Administrativo*. In: Revista de Administración Pública. (Mayo/Agosto de 1996).

MATOS, André Salgado de/ SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Direito Administrativo Geral. Introdução e Princípios Fundamentais*. Tomo I. Lisboa: Editora Don Quixote.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 35ª ed., Malheiros, 2009.

MIRANDA, Jorge. “*A Administração Pública na Constituição Portuguesa*”, In: Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Vol. XLIII, n.º 2, Coimbra Editora, Lisboa, 2002. Separata.

MONCADA, Luis Cabral de. *A Administração Pública, a privatização e o Direito Privado*. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2004.

MOREIRA, Egon Bokmann. *Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus “vínculos contratuais” com o Estado – Estudos sobre Direito Econômico*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2004.

MOREIRA, Vital. *Administração Autónoma e Associações Públicas*. Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

- *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Almedina, Coimbra, 1997.

MOURA, Paulo Vieira e. *A privatização da Função Pública*. Coimbra Editora, 2004

- *Função Pública: regime jurídico, direitos e deveres dos funcionários e agentes*, 2ª Ed., Coimbra Editora.

MUÑOZ, Guillermo Andrés. “*El Interés Público es como el amor*”. In: *Direito Administrativo e Interesse Público*. Belo Horizonte: Forum, 2010

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, IV. Iustel, Madrid, 2011.

NEVES, Ana Fernanda. “*A privatização das Relações de Trabalho na Administração Pública*”. In: *Os caminhos da Privatização da Administração Pública*. Coimbra, Coimbra, 2001.

ORTIZ, Ariño. *La Administración institucional. (bases de su régimen jurídico)*, IDEAL, Madrid, 1972.

OTERO, Paulo. “*Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública*”, In: *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso- Espanhol de Direito Administrativo, Studia Iuridica, n.º 60, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2001.

- *Legalidade e Administração Pública, O sentido da vinculação administrativa à jurisdição*, 2ª Reimpressão da edição de Maio/2003, Almedina, 2011.

- *O poder de substituição em direito administrativo: enquadramento dogmático-constitucional*, Vol. II, Lex, Lisboa, 1995

- *Privatizações Reprivatizações e Transferências de Participações Sociais no Interior do Sector Público*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

- *Vinculação e Liberdade de conformação jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra Editora, 1999.

PARADA, José Ramon. *Derecho Administrativo I – parte general* .4ª. Ed, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 7ª edición Revisada e actualizada. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

- *Transformación y Reforma Del Derecho Administrativo en España. Colección Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo*. Madrid: Global Law Editorial. INAP, 2014.

- *Eficacia y Administración*, Madrid: MAP, 1995.

PEREIRA, Paulo Trigo / AFONSO, Antônio / ARCANJO, Manuela / SANTOS, José Gomes. *Economia e Finanças Públicas*, Escolar, Lisboa.

PIRES, Miguel Lucas. “Regime Jurídico Aplicável às Fundações de Direito Privado e Utilidade Pública”, Publicações CEDIPRE Online – 7, <http://cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, maio de 2013.

PONTES FILHO, Valmir. *O Estado Brasileiro, sua atuação e seu dever constitucional*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n.º 31, 2002.

RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Las transformaciones del Derecho Administrativo a resultas de las privatizaciones*. In: Os caminhos da Privatização da Administração Pública. Coimbra. 2001.

REBELO DE SOUSA, Marcelo. *Direito Administrativo Geral – Actividade Administrativa*. Vol. I tomo III. Dom Quixote, 2006.

REBOLLO, Luís-Martín. “Personalidad jurídica y huida del Derecho Administrativo. (Reflexiones sobre el Caso Español)”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto* - A. 5 - 2008 - p. 317-340.

ROCHA, Cãmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos servidores públicos*, Saraiva, São Paulo, 1999.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Estado Social de Derecho y Control Jurídico de Eficácia de la Administración Pública.” In: *Revista Eletrónica sobre a Reforma do Estado*, n. 18.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel Ribeiro. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Almedina, Lisboa, 1987.

- *As fundações e Associações Públicas de Direito Privado*. In: Os caminhos da Privatização da Administração Pública. Coimbra, Coimbra, 2001.

- “Os contratos económicos perante a Constituição”, in *Nos dez anos de Constituição*, Lisboa, 1986, pp.103 e 104, Idem, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. Malheiros, São Paulo, 2ª ed. 2014.

- *Fundamentos de direito público*. 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 2002.

VIANA, Claudia. “O princípio da Eficácia: a eficiente eficácia da Administração Pública”. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Ano VII 2010 (Especial). pp .301-311.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. “*Interesse Público*” . In : AAVV, Dicionários jurídicos de Administração Pública. Volume V, Lisboa, 1993.

- *Introdução ao Direito Administrativo*, 2º Ed., IUC, Coimbra, 2011

- *Justiça Administrativa* (lições). Almedina, Coimbra, 2009.

- *Lições de Direito Administrativo*, 2ª. Ed., IUC, Coimbra, 2011.

VIOLIN, Tarso Cabral. *A terceirização ou concessão de serviços sociais: a privatização de creches municipais*, 2ª.Ed., Editora Fórum, 2010.

- “A inconstitucionalidade parcial das Organizações Sociais- OSs.” In: *Estado, Direito e Políticas Públicas, homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*, Ithala, Curitiba, 2014, pp. 165-197.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. “O Direito Administrativo Brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e de common law”. In: Revista de Direito Administrativo Económico, nº 8.

- *Direito Administrativo*, 14ª ed., Atlas, São Paulo, 2002.

- *Parceria na Administração - Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*, 8ª Ed. Atlas, São Paulo, 2011.

HANS J. WOLFF, OTTO BACHOF e ROLF STOBBER, *Direito Administrativo*, vol. I, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2006, p. 423-432 (tradução de António F. de Sousa)

LEGISLAÇÃO

Constituição da República Portuguesa

Código Procedimento Administrativo

Lei-Quadro das Privatizações n.º 11/90, de 5 e Abril e respectivas alterações posteriores

Lei-Quadro dos Institutos Públicos n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, e respectivas alterações posteriores

Lei-Quadro das Fundações n.º 24/2012, de 09 de Julho

Constituição da República Federativa do Brasil

Lei Federal do Brasil n.º 9.637 de 1998.

Lei Federal do Brasil n.º 9.491 de 1997.